Teoria do Processo

panorama doutrinário mundial

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION1 1 4/10/2007 14:38:30







Coordenadores

FREDIE DIDIER JR.
Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor Adjunto de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor-coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito. Advogado. *www.frediedidier.com.br*

EDUARDO FERREIRA JORDÃO
Mestrando em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP) e pela London School of Economics and Political Science (LSE).

TEORIA DO PROCESSO

PANORAMA DOUTRINÁRIO MUNDIAL

2008

EDITORA JUSPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION3 3 4/10/2007 14:38:31

T314

Teoria do processo: panorama doutrinário mundial/ Coordenação de Eduardo Ferreira Jordão, Fredie Souza Didier Jr. – Salvador : JusPodivm, 2007.
1004 p.
Vários colaboradores.

ISBN: 978-85-7761-048-8

1.Direito processual. 2. Processo civil. I. Jordão, Eduardo Ferreira. II. Didier Jr., Fredie Souza.

CDD - 341.4

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Conselho Editorial
Dirley da Cunha Jr.
Fernanda Marinela
Fredie Didier Jr.
Gamil Föppel El Hireche
José Marcelo Vigliar
Nestor Távora
Pablo Stolze Gagliano
Robério Nunes Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

EDITORA *Jus*PODIVM

Av. Octávio Mangabeira, 7709, Corsário Center, Sala B5
Boca do Rio – CEP. 41.706-690 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050
E-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
Site: www.editorajuspodivm.com.br

Colaboradores

Ada Pellegrini Grinover
Alexandre Freire Pimentel
André Ramos Tavares
Andrea Proto Pisani
Antônio do Passo Cabral
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Dierle José Coelho Nunes
Edilton Meireles
Eduardo Ferreira Jordão
Emmanuel Jeuland
Fernão Borba Franco
Floriano de Azevedo Marques Neto
Fredie Didier Jr.
Guilherme Peres de Oliveira
Hartmut-Emanuel Kayser
Humberto Theodoro Júnior
Jânia Maria Lopes Saldanha
Juan José Monroy Palacios
Leonardo José Carneiro da Cunha
Loïc Cadiet
Luiz Flávio Gomes
Luiz Guilherme Marinoni
Marcelo Lima Guerra
María Amparo Renedo Arenal
Marialva de Castro C. Schlucking
Mateus Piva Adami
Michele Taruffo
Miguel Calmon Dantas
Osvaldo Alfredo Gozaíni
Owen M. Fiss
Paula Costa e Silva
Peter Gilles
Petrônio Calmon Filho
Ricardo Maurício Freire Soares
Roberto P. Campos Gouveia Filho
Robson Renault Godinho
Rosemiro Pereira Leal
Steven Shavell
Teresa Arruda Alvim Wambier
Valdir Ferreira de Oliveira Junior
Vincenzo Vigoriti
Willis Santiago Guerra Filho

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION6 6 4/10/2007 14:38:33

SUMÁRIO

Apresentação 25

Capítulo I
DIREITO PROCESSUAL COLETIVO 27
Ada Pellegrini Grinover
1. O "estado da arte" 27
2. Princípios do direito processual coletivo 28
   2.1. Princípio do acesso à justiça 29
   2.2. Princípio da universalidade da jurisdição 29
   2.3. Princípio de participação 30
   2.4. Princípio da ação 30
   2.5. Princípio do impulso oficial 31
   2.6. Princípio da economia 31
   2.7. Princípio da instrumentalidade das formas 32
3. Conclusão quanto aos princípios 32
4. Institutos fundamentais do direito processual coletivo 33
   4.1. Legitimação 33
   4.2. Representatividade adequada 33
   4.3. Coisa julgada 33
   4.4. Pedido e causa de pedir 33
   4.5. Conexão, continência e litispendência 34
   4.6. Preclusões 34
   4.7. Competência 34
   4.8. Ônus da prova 34
   4.9. Liquidação da sentença 34
   4.10. Indenização pelos danos provocados 35
   4.11. Outros institutos 35
5. Conclusão quanto aos institutos 35
6. Direito Processual Coletivo 35

Capítulo II
A ORIGEM DA TÉCNICA PROCESSUAL: ESTUDOS SOBRE O SISTEMA JURÍDICO SUMÉRIO-BABILÔNICO 37
Alexandre Freire Pimentel
1. Introdução 37
2. Origem do direito: religiosidade monogênese/ heterogênese. A sentença e o processo como fontes originárias do fenômeno jurídico 38

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION7 7 4/10/2007 14:38:33

3. Teorias sobre o surgimento do direito 40
4. Pré-história e história do direito e do processo 45
5. O prelúdio da codificação: evolução do conceito de "código" 46
6. A centralização do poder: um requisito para codificação 48
7. Uruk: o primeiro parlamento da história 3000 antes de Cristo 49
8. A reforma de Enmetena 51
9. A reforma de Uruinimgina e Gudea 52
10. A legislação de Shulgi: o primeiro código do mundo e a origem da expressão "justiça" 53
11. O código de Lipit-Ishtar (o segundo da história): as origens da decadência, da usucapião, da tributação e o desenvolvimento do direito de família 55
12. Dadusha, o terceiro código: princípios da jurisprudência; responsabilidade civil pelo fato do animal; a regulamentação dos salários em razão das categorias 57
13. Ana Ittishu: a prova da existência da doutrina jurídica suméria 58
14. O direito cuneiforme e o código de Hamurabi: priorização para o processo; falso testemunho; proibição de alteração da sentença e a responsabilidade civil do juiz 58
15. Considerações finais sobre a técnica processual cuneiforme dos sumérios 62
16. Referências 66

Capítulo III
TEORIA PROCESSUAL E PROCESSO CONSTITUCIONAL "OBJETIVO" 69
André Ramos Tavares
1. Contextualização 69
2. Uma nova leitura: a Constituição-processo 70
3. Fim da dicotomia *Direito Processual Constitucional – Direito Constitucional Processual*? 72
4. Existência e importância de um processo "objetivo" adequadamente construído 77
5. Elementos indicados para o processo objetivo 79
   5.1. Apuração do âmbito concreto no processo abstrato 79
   5.2. Finalidades alcançadas pelo processo objetivo 81
   5.3. Processo objetivo e falta de interesse concreto 82
6. Dimensionamento processual do modelo concreto-difuso de controle da constitucionalidade 83
Referências Bibliográficas 86

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION8 8 4/10/2007 14:38:33

Capítulo IV
ALLEGAZIONE DEI FATTI E PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE NEL PROCESSO CIVILE 89
Andrea Proto Pisani
1. Premessa 89
2. L'individuazione dei fatti principali 89
3. Il momento ultimo della allegazione dei fatti principali 90
4. I soggetti su iniziativa dei quali i fatti principali devono essere allegati 91
5. I fatti secondari 92
6. Il principio di non contestazione 92
7. Limiti alla operatività del principio di non contestazione 94
8. Osservazioni a Cass. S.U. 761/2002 95

Capítulo V
IMPARCIALIDADE E IMPARTIALIDADE. POR UMA TEORIA SOBRE REPARTIÇÃO E INCOMPATIBILIDADE DE FUNÇÕES NOS PROCESSOS CIVIL E PENAL 99
Antonio Cabral
1. Colocação do pseudo-problema: ainda uma vez a repartição de funções processuais e o temor da parcialidade 99
2. Imparcialidade *versus* Impartialidade 101
   2.1. Imparcialidade: o requisito anímico 101
   2.2. A repartição funcional no processo 104
   2.3. Impartialidade: adequação e incompatibilidade de funções 105
   2.4. Conseqüências do vício do desrespeito à imparcialidade e à impartialidade 106
   2.5. Justificativa normativa para ambas as noções 108
   2.6. Da inexistência de relação de causa e efeito entre os dois conceitos 110
3. Equilíbrio e contenção democrática de poder: repercussões em diversos institutos processuais 112
4. O retorno às indagações iniciais 114
   4.1. O papel do juiz na instrução probatória civil: protagonista ou coadjuvante? 115
   4.2. A verdadeira justificativa do modelo acusatório e o falso dogma no Processo Penal 117
5. Conclusão. Por uma teoria da adequação e incompatibilidade de funções 121
6. Bibliografia 121

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION9 9 4/10/2007 14:38:33

Capítulo VI
O FORMALISMO-VALORATIVO NO CONFRONTO COM O FORMALISMO EXCESSIVO 125
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
1. Introdução 125
2. Definição de formalismo 125
3. A nova concepção do formalismo-valorativo 128
4. O formalismo excessivo e as ferramentas para o seu combate 137
5. Conclusões 149

Capítulo VII
O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: UMA GARANTIA DE INFLUÊNCIA E DE NÃO SURPRESA 151
Dierle José Coelho Nunes
1. Considerações iniciais 151
2. Análise histórica do princípio 153
3. Leituras do conteúdo do princípio e sujeitos do contraditório – Do contraditório como bilateralidade da audiência, como simétrica paridade de armas e como garantia de influência 159
4. Modos de exercício do contraditório 164
5. Processo executivo e contraditório 166
6. O contraditório como garantia de não surpresa 167
7. Considerações finais 172

Capítulo VIII
O PROCESSO DO TRABALHO NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO 175
Edilton Meireles
1. Introdução 175
2. Dos procedimentos e do procedimento trabalhista 175
   2.1. Do dissídio coletivo de natureza econômica 178
3. Elementos essenciais do processo do trabalho 182
4. Conceitos fundamentais do processo e sua aplicação às ações trabalhistas 183
5. Princípios do processo do trabalho 184
6. A busca equivocada da autonomia e o esquecimento do processo do trabalho 185
7. Conclusões 186
8. Referências bibliográficas 187

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION10 10 4/10/2007 14:38:34

Capítulo IX
STEVEN SHAVELL E O PREÇO DO PROCESSO: NOTAS PARA UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL 189
Eduardo Ferreira Jordão
Mateus Piva Adami
1. Introdução 189
2. Considerações sobre a Análise Econômica do Direito (AED) 191
   2.1. O método econômico 191
   2.2. A crítica à AED 193
      2.2.1. A crítica à premissa da racionalidade maximizadora 193
      2.2.2. A questão da suposta finalidade da AED 196
3. As potencialidades da Análise Econômica no Direito Processual Brasileiro 199
   3.1. A AED como auxílio na aplicação normativa 200
   3.2. A AED como instrumento de aprimoramento da política legislativa 201
   3.3. A AED como mecanismo de legitimação da atuação administrativa 202
4. A AED Processual de Steven Shavell 204
   4.1. A "Teoria Básica da Litigância" 204
   4.2. As extensões da "Teoria Básica da Litigância" 209
   4.3. As limitações da AED Processual de Shavell para o Direito brasileiro 212
      4.3.1. A escassez de pesquisas quantitativas no Brasil 212
      4.3.2. A limitação do escopo da AED de Shavell 213
      4.3.3. A arbitrária restrição das finalidades processuais ao "deterrence" 214
      4.3.4. As ações de menor racionalidade econômica 215
      4.3.5. As limitações informacionais e o "deterrence" 216
      4.3.6. A decisão de conciliar ou levar a julgamento 217
5. Conclusão 218

Capítulo X
RÉGULATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS 219
Emmanuel Jeuland
1. Une juridiction post-étatique 222
   1.1. Le respect des principes fondamentaux de la procédure 222
      1.1.1. Un litige circonscrit 222
      1.1.2. Un litige instruit 223
   1.2. Un litige débattu et écouté 224
2. Des juridictions hyper-étatiques 226

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION11 11 4/10/2007 14:38:34

Capítulo XI
PROCESSO ADMINISTRATIVO, TEORIA GERAL DO PROCESSO, IMPARCIALIDADE E COISA JULGADA 231
Fernão Borba Franco
1. Introdução 231
2. A imparcialidade do juiz administrativo 237
3. A coisa julgada administrativa 245
4. Conclusão 256
Bibliografia 258

Capítulo XII
ENSAIO SOBRE O PROCESSO COMO DISCIPLINA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ESTATAL 261
Floriano de Azevedo Marques Neto
I. Introdução 261
II. Alargando a teoria geral do processo 262
III. A existência de uma teoria geral a todos os processos e seus princípios comuns 271
III.a. O contraditório 273
III.b. A publicidade 275
III.c. A eqüidistância de interesses 276
III.d. A lealdade e boa-fé 277
III.e. A instrumentalidade 278
III.f. A pluralidade de instâncias 280
IV. Conclusão 282
V. Referências bibliográficas 284

Capítulo XIII
O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA TEORIA DO GERAL DO DIREITO 287
Fredie Didier Jr.
1. Noções básicas sobre a fenomenologia jurídica 287
2. Procedimento como ato jurídico complexo 291
3. Conceito e objeto do juízo de admissibilidade 295
4. O juízo de admissibilidade e o sistema de invalidades da legislação processual civil 300
4.1. Consideração introdutória 300
4.2. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do procedimento principal. Noções sobre o princípio da cooperação 303

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION12 12 4/10/2007 14:38:34

4.3. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do recurso 308
4.4. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais 310
5. Natureza jurídica do juízo de admissibilidade 311
6. Efeitos do juízo de admissibilidade negativo 317

Capítulo XIV
ELEMENTOS PARA UMA LEITURA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL A PARTIR E À LUZ DA CONSTITUIÇÃO – O CHAMADO "MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL" E A GARANTIA DE TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA AOS DIREITOS ALEGADAMENTE VIOLADOS 319
Guilherme Peres de Oliveira
1. Ascensão e queda (ou enfraquecimento) do paradigma positivista 319
2. O pós-positivismo e seu consentâneo da Teoria da Constituição: o neoconstitucionalismo 321
3. A necessária leitura do Direito Processual Civil a partir e à luz da Constituição 324
4. Elementos para uma leitura do Direito Processual Civil a partir e à luz da Constituição – o chamado "modelo constitucional do processo civil" 326
5. O controle difuso da constitucionalidade das regras processuais 331
6. O controle difuso através da chamada "ponderação proporcional" 335
7. Conclusão 340
8. Bibliografia 341

Capítulo XV
SOBRE A NECESSIDADE DE UMA PROTEÇÃO JURÍDICA EFETIVA NO RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL 343
Hartmut-Emanuel Kayser
1. Introdução 343
2. Alguns desenvolvimentos históricos e recentes do Direito Processual Civil Internacional na Alemanha e na Europa 346
3. As regulamentações vigentes sobre o Direito Processual Civil Internacional na República Federal da Alemanha e sua relação hierárquica recíproca 349

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION13 13 4/10/2007 14:38:34

4. Generalidades sobre a necessidade de uma proteção jurídica efetiva – garantia de acesso à justiça para cidadãos e estrangeiros 357
5. A pretensão de proteção jurídica efetiva de acordo com o padrão dos direitos humanos do Direito internacional público 359
a. Direito internacional público universal 359
b. Direito internacional público regional europeu 360
6. O direito à proteção jurídica efetiva conforme o Direito alemão 360
a. A derivação jurídico-constitucional do princípio de legalidade ... 360
b. Conteúdo geral do princípio da legalidade 361
c. Conteúdo do direito à proteção jurídica efetiva..... 362
7. Resultado parcial: direito de acesso à Justiça e direito à proteção jurídica efetiva 362
8. Relevância do direito a uma proteção jurídica efetiva para o Direito Processual Civil Internacional alemão 363
9. A proteção jurídica efetiva e sua tensa relação com os pressupostos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras..... 364
a. Razão, princípios jurídicos e abrangência e processo de reconhecimento na Alemanha 364
b. Pressupostos da homologação de sentença estrangeira 367
10. Avaliação geral da situação atual da homologação de sentenças estrangeiras..... 372

Capítulo XVI
INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS ... 375
Humberto Theodoro Júnior
1. Introdução 375
2. Direito, norma, interpretação e aplicação 377
3. Direito como "ordem da sociedade" e como "prudência" 377
4. A importância da interpretação na aplicação concreta do Direito 379
5. O empirismo do conhecimento e sua predominância na técnica de concretização das normas do direito..... 382
6. A importância da interpretação teleológica 383
7. O papel da filosofia 384
8. Conclusões jurídicas 387

Capítulo XVII
DA TEORIA GERAL DO PROCESSO À TEORIA DA TRADUÇÃO: UM APORTE DA SOCIOLOGIA DAS AUSÊNCIAS E DAS EMERGÊNCIAS..... 389
Jânia Maria Lopes Saldanha
Introdução 389

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION14 14 4/10/2007 14:38:34

Parte I: A TEORIA GERAL DO PROCESSO ENTRE
A RAZÃO METONÍMICA E A RAZÃO PROLÉPTICA..... 390
1.1. A Teoria Geral do Processo e a razão metonímica:
o recurso à sociologia das ausências..... 395
1.2. A Teoria Geral do Processo e a razão proléptica:
o recurso à sociologia das emergências..... 403
Parte II: DA TEORIA GERAL DO PROCESSO
À TEORIA DA TRADUÇÃO..... 412
2.1. Pensando um novo processo: A hermenêutica diatópica
e as zonas de contato. Outras experiências possíveis..... 413
2.2. A construção de uma teoria da tradução para a Justiça..... 417
Considerações finais..... 423
Referências..... 423

Capítulo XVIII
ADMISIBILIDAD, PROCEDENCIA Y FUNDABILIDAD
EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL PERUANO..... 429
Juan José Monroy Palacios
1. Nota preliminar..... 429
2. Ámbito común de aplicación y examen de los criterios tradicionales
para la clasificación de las cuestiones en el proceso..... 430
3. Estructura interna del concepto *cuestión* en el derecho procesal
y criterios base para la distinción de las categorías bajo estúdio..... 434
4. Utilización simultánea de más de una categoría bajo examen. Un breve
comentario sobre la distinción entre cuestión, procedimiento simple
y compuesto, subprocedimiento/incidente y fase..... 438
5. Conclusiones..... 441

Capítulo XIX
COMPETÊNCIA NA TEORIA GERAL DO DIREITO..... 445
Leonardo José Carneiro da Cunha
1. Introdução..... 445
2. Competência e capacidade..... 449
3. Competência e legitimidade..... 454
4. Conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos..... 461
5. Conceitos relacionados com a competência..... 464
5.1. Poderes..... 464
5.2. Função..... 467
5.3. Responsabilidade..... 469
5.4. Procedimento..... 470
5.5. Controle..... 471

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION15 15 4/10/2007 14:38:35

6. Competências constitucionais e legais. Competências explícitas e implícitas (a admissibilidade constitucional das competências implícitas e o princípio da simetria) 472
7. Competências exclusivas ou privativas e concorrentes 476
8. Nota conclusiva sobre a competência na Teoria Geral do Direito 476
Bibliografia 477

Capítulo XX
PROLÉGOMÈNES À UNE THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS EN DROIT FRANÇAIS 481
Loïc Cadiet
I. La théorie générale à l'épreuve du procès 482
A. Théorie générale du droit et théorie générale du procès 482
B. Théorie générale du procès et droit processuel 485
II. Le procès à l'épreuve de la théorie générale 495
A. Le procès comme litige 496
B. Le procès comme procedure 500

Capítulo XXI
ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO CRIMINAL 507
Luiz Flávio Gomes
1. Do Estado de Direito (ED) ao Estado constitucional e democrático de Direito (ECDD) 507
1.1. Pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas 509
1.1.1. Formas de incorporação do Direito humanitário internacional no Direito brasileiro 511
1.1.2. Direito internacional não humanitário 511
1.1.3. Prisão civil e o Direito humanitário internacional 513
1.2. Positivação constitucional e/ou internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo (Ferrajoli) 515
1.2.1. Garantia do duplo grau de jurisdição no âmbito criminal 515
1.2.2. Recurso e competência originária dos tribunais 516
1.3. Subordinação da produção do Direito à Constituição Federal (Ferrajoli) e, agora, também ao Direito humanitário internacional 516
1.4. Evolução da democracia formal (democracia das maiorias) para a democracia substancial (ou material) 517
1.4.1. Exemplo de violação dos limites formais 517
1.4.2. Exemplo de violação dos limites materiais 518

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION16 16 4/10/2007 14:38:35

1.5. Distinção entre vigência e validade da lei 518
1.6. Convivência com as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico 520
1.7. Eficiente sistema de controle de constitucionalidade das leis 522
1.7.1. Vigência, validade e eficácia 523
1.8. Revisão do papel do juiz 525
1.9. Revisão do papel da ciência jurídica 528
1.10. Revisão e atualização normativa do princípio do devido processo 529
1.10.1. Princípios da proteção jurídica e do devido processo 531
1.10.2. Duplo significado do princípio do devido processo 532
1.10.3. "Substantive process of law" 533
1.10.4. Devido processo "procedimental" 534
1.10.5. O devido processo é um direito e uma garantia 534
1.10.6. Do devido processo "legal" ao princípio do devido processo "multinormativo" 535
1.10.7. Devido processo criminal 535
1.10.8. Do indevido processo criminal 536
1.10.9. Pluralidade de garantias 536
1.10.10. Garantias constitucionais, internacionais e legais 537
2. Enumeração das garantias "mínimas" do devido processo criminal 539

Capítulo XXII
DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL 541
Luiz Guilherme Marinoni
1. A crise do conceito de relação jurídica processual 541
2. A legitimação pela participação no procedimento 547
3. A legitimidade do procedimento 549
4. A universalidade do acesso à jurisdição. A importância do procedimento 550
5. A participação através do procedimento 552
6. O processo e a legitimidade da decisão 554
7. A legitimidade da decisão a partir dos direitos fundamentais, a otimização da participação popular no procedimento e a argumentação judicial 568
8. A argumentação como fator de legitimação 571
9. O processo como procedimento adequado aos fins do Estado constitucional 574

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION17 17 4/10/2007 14:38:35

Capítulo XXIII
TÍTULO EXECUTIVO COMO REPRESENTAÇÃO DOCUMENTAL TÍPICA DO CRÉDITO: RESPOSTA A JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA 575
Marcelo Lima Guerra
1. Introdução 575
2. A teoria do título como (qualquer) suporte fático ao qual a lei atribui eficácia executiva 578
3. A norma jurídica 582
4. O ato jurídico 588
5. Fatos, atos e objetos institucionais 590
6. "*Gramática*" de 'requisito de admissibilidade da execução' 599
7. O que é uma teoria do título executivo? 600
8. Título executivo como *fato institucional* e a confirmação da utilidade da teoria de Andolina para a compreensão do direito brasileiro 603
9. Considerações finais 620

Capítulo XXIV
CONVENIENCIA DEL ESTUDIO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL. SU APLICABILIDAD A LAS DISTINTAS RAMAS DEL MISMO 623
María Amparo Renedo Arenal
I. Introducción 623
II. Posiciones dualistas y unitarias respecto de la Teoría General del Derecho Procesal 624
   a. Posición dualista 625
   b. Posición unitária 628
III. Delimitación terminológica y conceptual 632
IV. Contenido de la Teoría General del Derecho Procesal 634
V. Aplicabilidad de la Teoría General del Derecho Procesal a las distintas ramas del mismo 640
   a. Proceso Civil 640
   b. Proceso Penal 641
   c. Proceso laboral 647
VI. Metodología de la enseñanza 648
VII. Conclusión 652

Capítulo XXV
O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL 653
Marialva de Castro C. Schlucking

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION18 18 4/10/2007 14:38:35

1. Introdução 653
2. Notas sobre o controle da constitucionalidade e o princípio da separação de poderes 654
3. Notas sobre o processo administrativo fiscal e o princípio da ampla defesa 656
4. O controle da constitucionalidade no processo administrativo fiscal 657
5. Conclusão 663
Textos consultados e de referência 664

Capítulo XXVI
VERITÀ E PROBABILITÀ NELLA PROVA DEI FATTI 665
Michele Taruffo
1. Introduzione 665
2. I nemici della verità 665
3. Distinzioni fallaci 669
4. Il valore della verità 672
5. Probabilità e prova 677
6. Gradi di probabilità e standards di decisione 679

Capítulo XXVII
O DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO: FUNDAMENTO PARA UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO 683
Miguel Calmon Dantas
1. Teoria do Processo e o Direito Fundamental à Processualização 683
2. Constituição e Processo: Processo e Constituição 688
3. Direito Fundamental à Processualização 696
   3.1. Fundamentação Constitucional 698
   3.2. Processualização ou Procedimentalização: processo ou procedimento 709
   3.3. Conteúdo material: abrangência e contraditório 712
   3.4. Fundamentação material 721
   3.5. A Processualização e a Teoria Geral do Processo 727
4. Conclusão 730
Referências 731

Capítulo XXVIII
LA VERDAD Y LA PRUEBA 737
Osvaldo Alfredo Gozaíni
1. Introducción 737
2. Prueba y debido proceso 738
3. La verdad en el proceso 739

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION19 19 4/10/2007 14:38:35

3.1. Verdad real y verdad formal 741
3.2. La prueba como fijación de los hechos..... 743
3.3. La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial..... 744
3.4. Síntesis de las tendências..... 747
4. La verdad en el proceso, en realidad, es la verdad de los hechos..... 749
4.1. Historia breve de la verdad en la prueba 749
4.2. La obligación de decir verdad sin texto legal que obligue 752
4.3. Alcance del deber de veracidad 754
4.4. Sujetos obligados a decir verdad 755
Bibliografía 758

Capítulo XXIX
TWO MODELS OF ADJUDICATION 761
Owen M. Fiss

Capítulo XXX
O PROCESSO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS 769
Paula Costa e Silva

Capítulo XXXI
COMPARATIVE PROCEDURE LAW 809
Peter Gilles
I. Preliminary Remarks 809
II. Comparative Procedure Law as a Separate Branch of Comparative Law..... 811
1. Comparison as Day-to-Day Thought and Action 812
2. Comparison as Day-to-Day Business of Jurists 812
3. Comparative Law as a Field of Teaching and Research..... 813
4. The Upsurge of Comparative Procedure Law as its own Discipline..... 814
III. General Comparative Law as a Basis for a Fundamental Understanding of Comparative Procedure Law 815
1. "Comparative Law" and "Comparative Procedure Law" as Embodiments of a Host of Multidisciplinary and Interdisciplinary Methods..... 815
2. "Law" and "Procedure Law" as Embodiments of a Host of Normative, Operative, and Factual Objects of Comparison 817
3. Tasks, Goals, and Purposes of Comparative Procedure Law 819
4. Achievements, Value, and Beneficial Effects of Comparative Procedure Law..... 820

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION20 20 4/10/2007 14:38:36

5. Barriers, Risks, and Deficiencies of Comparative Procedure Law 822
V. Closing Remarks 823

Capítulo XXXII
O CONFLITO E OS MEIOS DE SUA SOLUÇÃO 825
Petrônio Calmon Filho
1. O conflito e a restauração da paz social 825
1. 1. A convivência social mediante a regulação 825
1. 2. A cultura de conflitos 827
1. 3. A restauração da paz social 830
2. Os meios de solução dos conflitos 832
2.1. As possíveis soluções para os conflitos 832
2.2. Uniformização terminológica 833
2.3. Outras classificações 836
2.4. Ordem imposta e ordem consensual 838
Bibliografia 838

Capítulo XXXIII
FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS PARA UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO 841
Ricardo Maurício Freire Soares
1. A diferença entre conceito lógico-jurídico e conceito jurídico-positivo 841
2. A existência e o conteúdo de uma Teoria Geral do Processo 842
3. A aplicabilidade da Teoria Geral do Processo às diversas modalidades processuais 845
4. A íntima relação entre a Teoria Geral do Processo e a Teoria Geral do Direito 846
5. A utilidade da Teoria Geral do Processo 850
6. Considerações finais 852
7. Referências 852

Capítulo XXXIV
SÍNTESE DIDÁTICA DE ALGUMAS TEORIAS MENOS CONHECIDAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO 855
Roberto P. Campos Gouveia Filho
1. Intróito 855
2. Sinteticamente, as teorias dominantes sobre a natureza jurídica do processo 856

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION21 21 4/10/2007 14:38:36

2.1. O processo é seu total atrelamento ao direito material 856
2.2. As teorias do processo como um ente autônomo 857
3. As concepções menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo 862
3.1. Benjamim N. Cardozo e seu livro sobre a natureza do processo 862
3.2. O processo como um serviço público 863
3.3. Baumbach e a sua tese de substituição do processo civil pela jurisdição voluntária 863
3.4. Santiago Sentís Melendo e o processo como um acordo 864
3.5. J. Ramiro Podetti e a processo como a vontade vinculatória autárquica da lei 865
3.6. Foschini e o processo como uma entidade complexa 866
3.7. Calamandrei e seu artigo sobre o processo como um jogo 867
3.8. O processo como uma categoria jurídica nova 867
3.9. Outras teorias 868
4. Síntese conclusiva 869

Capítulo XXXV
TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DE DIREITOS: ANOTAÇÕES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL 871
Robson Renault Godinho
1. Introdução 871
2. Tutela de Direitos e Processo 873
3. Tutela jurisdicional e tutela de direitos 875
3.1. Tutela jurisdicional diferenciada 878
4. Técnica processual e tutela de direitos 883
5. A admissibilidade da tutela jurisdicional 886
6. A admissibilidade da tutela jurisdicional e a tutela de direitos 900

Capítulo XXXVI
A PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA DO PROCESSO NA TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA 905
Rosemiro Pereira Leal
1. Processo ante o absolutismo do saber solitário 905
2. Processo e seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia) 911
3. A produção do sentido legal como maldição (mal-dicção) 913
4. Processo e tempo nas democracias não-paidéicas 914
5. Conclusões 915

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION22 22 4/10/2007 14:38:36

Capítulo XXXVII
ECONOMIC ANALYSIS OF LITIGATION AND THE LEGAL PROCESS: THE BASIC THEORY OF LITIGATION 917
Steven Shavell
1. Bringing of Suit 918
   1.1. Definition of suit 918
   1.2. Private incentive to sue 918
   1.3. Volume of suit and its costs 918
2. Fundamental Divergence between the Private and the Socially Desirable Level of Suit 919
   2.1. In general 919
   2.2. The divergence in a simple model 920
   2.3. The divergence continued; its importance and interpretation 922
   2.4. Corrective policy 925
   2.5. Comments on the foregoing 926
3. Settlement versus Trial 928
   3.1. Simple model 929
   3.2. Interpretation of the model 930
   3.3. Models with explicit bargaining and locus of information 933
   3.4. Comments on and interpretation of the foregoing models 935
   3.5. Actual amount of trial versus settlement 936
4. Divergence between the Private and the Socially Desirable Level of Settlement 937
   4.1. In general 937
   4.2. The divergence between private and social incentives to settle continued 938
   4.3. Legal policy bearing on settlement versus trial 940
   4.4. Comment: A chief social purpose of the institution of trial is paradoxical – to foster settlement 941
5. Trial and Litigation Expenditure 941
   5.1. Private incentives to spend on litigation 941
   5.2. Actual litigation expenditures 941
   5.3. Social versus private incentives to spend on litigation 942
   5.4. Legal policy bearing on litigation expenditure 943
Bibliography 944

Capítulo XXXVIII
A DESVINCULAÇÃO DA IDÉIA DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E LIBERDADE DO JUIZ 947
Teresa Arruda Alvim Wambier
Bibliografia 960

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION23 23 4/10/2007 14:38:36

Capítulo XXXIX
EXISTE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO? 961
Valdir Ferreira de Oliveira Junior
1. Introdução 961
2. Conceitos lógico-jurídicos e conceitos jurídico-positivos 961
3. Existência de uma teoria geral do processo 963
4. Aplicação das noções construídas pela teoria geral do processo 965
5. Relação entre teoria geral do processo e teoria geral do direito 966
6. Processo e Constituição – dimensão procedimental dos direitos fundamentais 967
7. Síntese conclusiva: A importância do estudo da teoria geral do processo 972
Referências 973

Capítulo XL
ACCESSO ALLA GIUSTIZIA, ADR, PROSPETTIVE 975
Vincenzo Vigoriti
1. La giustizia civile: durata e costo come fattori di controllo dell'accesso. L'avvocatura (cenno) 975
2. La domanda di ADR, come aspirazione di gestione e/o soluzione "condivisa" delle controversie. L'arbitrato (rinvio) 978
3. La conciliazione. Profili operativi: tentativo facoltativo o obbligatorio ... 979
4. La scelta del conciliatore. Autonomia delle parti 980
5. La procedura. Carattere facilitativo e non valutativo del tentativo. La riservatezza. La formalizzazione dell'accordo 981
6. Le iniziative dell'Unione Europea. La Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio Europeo (ottobre 2004) 983

Capítulo XLI
POR UMA FILOSOFIA PROCESSUAL DO DIREITO 985
Willis Santiago Guerra Filho
1. Introdução: direções para o desenvolvimento da Filosofia do Direito ... 985
2. Que é mesmo a Filosofia? 989
3. Por uma Filosofia do Processo 995
4. Filosofia do Processo, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e Teoria do Direito 997
5. Filosofia do Processo, Teoria Geral do Processo e Teoria do Processo 999
6. Conclusão: a tendência atual da procedimentalização do direito (a se refletir em uma possível filosofia jurídica processual) 1001

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION24 24 4/10/2007 14:38:36

APRESENTAÇÃO

Esta coletânea é um projeto acalentado há muito tempo. Seu objetivo principal é proporcionar um momento de reflexão sobre a Ciência do Processo, entendida como categoria da Teoria do Direito. É, pois, trabalho de epistemologia.

O objetivo se cumpre a partir de diferentes perspectivas. Para começar, é evidente que não se poderia prescindir de uma perspectiva *interna* do tema – é dizer, de uma visão própria da Ciência do Processo. Daí não faltar o tratamento de questões clássicas como o princípio do contraditório, o juízo de admissibilidade, a competência, o formalismo, a prova e o título executivo.

Ainda sob um viés estritamente processualista, cabem as ponderações relativas à utilidade didática e científica de uma Teoria (Geral) do Processo, a englobar os diferentes "Direitos Processuais". Em alguns artigos esta questão é enfrentada de forma direta, enquanto noutros se ilustram os reflexos das bases teóricas processuais para os sub-ramos Penal, Trabalhista, Fiscal ou Administrativo.

Mas há também lugar para uma perspectiva *externa*, oriunda de outros ramos do conhecimento humano, que não propriamente a ciência processual (o que revela a ubiqüidade do objeto "processo"). Renomados professores de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Econômico e Penal destacam aquilo que os seus ramos de especialização podem aportar à (ou receber da) Teoria do Processo. Para além do âmbito jurídico, a obra oferece visões da Economia, da Filosofia e da Sociologia para o fenômeno processual.

Finalmente, aqui se alberga uma perspectiva *internacional* da Teoria do Processo. Alguns dos mais respeitados acadêmicos do mundo aceitaram o nosso convite e participam do livro. Assim, há contribuições da Alemanha, da Argentina, da Espanha, dos Estados Unidos, da França, da Itália, do Peru e de Portugal. Em todos os casos, optou-se por publicar os textos no idioma original em que foram escritos, para que o leitor pudesse ter acesso aos termos originais utilizados pelo autor.

A coletânea reúne ensaios de muitos alunos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, produzidos a partir das discussões travadas na disciplina Teoria Geral do Processo, sob a responsabilidade de um dos coordenadores.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION25 25 4/10/2007 14:38:37

Espera-se que o resultado possa contribuir, de algum modo, para o desenvolvimento da ciência processual.

Salvador/Londres, primavera/outono de 2007.

Fredie Didier Jr.

Eduardo Ferreira Jordão

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION26 26 4/10/2007 14:38:37

CAPÍTULO I

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Ada Pellegrini Grinover*

Sumário: 1. O "estado da arte" – 2. Princípios do direito processual coletivo: 2.1. Princípio do acesso à justiça; 2.2. Princípio da universalidade da jurisdição; 2.3. Princípio de participação; 2.4. Princípio da ação; 2.5. Princípio do impulso oficial; 2.6. Princípio da economia; 2.7. Princípio da instrumentalidade das formas – 3. Conclusão quanto aos princípios – 4. Institutos fundamentais do direito processual coletivo: 4.1. Legitimação; 4.2. Representatividade adequada; 4.3. Coisa julgada; 4.4. Pedido e causa de pedir; 4.5. Conexão, continência e litispendência; 4.6. Preclusões; 4.7. Competência; 4.8. Ônus da prova; 4.9. Liquidação da sentença; 4.10. Indenização pelos danos provocados; 4.11. Outros institutos – 5. Conclusão quanto aos institutos – 6. Direito Processual Coletivo.

1. O "ESTADO DA ARTE"

Entre os países de *civil law*, o Brasil foi pioneiro na criação e implementação dos processos coletivos. A partir da reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão. Depois, a lei n. 6.938/81 previu a titularidade do MP para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Mas foi com a Lei n. 7.347/85 – a Lei da Ação Civil Pública – que os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influindo no CPC.[1] Tratava-se, porém, de uma tutela restrita a objetos determinados (o meio ambiente e os consumidores), até que a Constituição de 1988 veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo. Finalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microssistema de processos coletivos, composto pelo

(*) Professora Titular de Direito Processual Penal da USP, Doutora *Honoris Causa* pela Universidade de Milão.

1. Assim ocorreu, por exemplo, com as obrigações de fazer ou não fazer.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION27 27 4/10/2007 14:38:37

Código – que também criou a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos – e pela Lei n. 7.347/85, interagindo mediante a aplicação recíproca das disposições dos dois diplomas.

Vinte anos de experiência de aplicação da Lei da ACP, quinze de CDC, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual.[2]

Este trabalho objetiva examinar os princípios e institutos fundamentais do direito processual coletivo, naquilo em que se diferenciam dos que regem o direito processual individual, com a finalidade de aferir se efetivamente se pode falar de um novo ramo do direito processual.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Considerando, além do jurídico, os escopos sociais e políticos do processo, bem como seu compromisso com a ética e a moral, a ciência processual atribui extraordinária relevância a certos princípios, que não se prendem à dogmática jurídica ou à técnica processual, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.

Existem, sem dúvida, princípios – como os constitucionais – que são comuns a todos os ramos do processo (penal e não-penal), até porque todos se embasam na plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo. Mas outros princípios têm aplicação diversa no campo penal e no campo civil, daí derivando feições diversas nos dois grandes ramos da ciência processual. Ninguém duvida, no campo não penal, da existência de um processo civil, ao lado de um processo trabalhista, por exemplo.

Vamos então examinar se, dentro do processo civil, existem princípios que assumam feição diversa no processo individual e no coletivo.

2. Entre as obras que tratam do direito processual coletivo, como ramo autônomo do Direito Processual, pode-se lembrar a de Gregório Assagra de Almeida, *Direito processual coletivo brasileiro,* São Paulo, Saraiva, 2.003.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION28 28 4/10/2007 14:38:37

2.1. Princípio do acesso à justiça

O tema do acesso à justiça, dos mais caros aos olhos processualista contemporâneo, não indica apenas o direito de aceder aos tribunais, mas também o de alcançar, por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados. Na feliz expressão de Kazuo Watanabe, o acesso à justiça resulta no **acesso à ordem jurídica justa.**

Um dos mais sensíveis estudiosos do acesso à justiça – Mauro Cappelletti – identificou três pontos sensíveis nesse tema, que denominou "ondas renovatórias do direito processual":

a) A assistência judiciária, que facilita o acesso à justiça do hipossuficiente;

b) A tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa sejam levados aos tribunais;

c) O modo de ser do processo, cuja técnica processual deve utilizar mecanismos que levem à pacificação do conflito, com justiça.

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.

E o modo de ser do processo, que, quando individual, obedece a esquemas rígidos de legitimação, difere do modo de ser do processo coletivo, que abre os esquemas da legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado "representante adequado",[3] portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categorias, classes de pessoas.

2.2. Princípio da universalidade da jurisdição

Liga-se ao princípio do acesso à justiça o da universalidade da jurisdição, segundo o qual o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.

O princípio da universalização da jurisdição tem alcance mais restrito no processo individual, limitando-se à utilização da técnica processual com o

3. Ver adiante, n. 4.2.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION29 29 4/10/2007 14:38:37

objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional, e justamente a resposta jurisdicional adequada.

Mas o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição.

2.3. Princípio de participação

O princípio participativo é ínsito em qualquer processo, que tem nele seu objetivo político. Mas, enquanto no processo civil individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (*participação no processo*), no processo coletivo a participação se faz também *pelo processo*. A participação popular pelo processo contava com exemplo clássico no processo penal brasileiro, pela instituição do Tribunal do Júri. Para os demais processos, sustentava-se enquadrar-se também no momento participativo o exercício da função jurisdicional por advogados e membros do MP, por força do quinto constitucional; e, ainda, da atividade de conciliadores, como nos Juizados Especiais e, mais timidamente, no processo comum. Mas se tratava de exemplos pontuais, ao passo que com o acesso das massas à justiça, grandes parcelas da população vêm participar do processo, conquanto por intermédio dos legitimados à ação coletiva.

Aliás, uma consideração deve ser feita que distingue a *participação no processo*, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo. Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior *pelo processo*, e uma participação menor *no processo:* menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado "representante adequado".

2.4. Princípio da ação

O princípio da ação ou da demanda indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional (*nemo iudex sine actore*). Sob esse ponto de vista, processo individual e processo coletivo parecem idênticos, mas há, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, iniciativas que

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION30 30 4/10/2007 14:38:37

competem ao juiz para *estimular* o legitimado a ajuizar a ação coletiva, mediante a ciência aos legitimados da existência de diversos processos individuais versando sobre o mesmo bem jurídico.

2.5. Princípio do impulso oficial

O processo, que se inicia por impulso da parte, segue sua caminhada por impulso oficial. Esse princípio, que permite que o procedimento seja levado para frente até seu final, rege, de igual maneira, o processo individual e o coletivo. Mas a soma de poderes atribuídos ao juiz é questão intimamente ligada ao modo pelo qual se exerce o princípio do impulso oficial. Embora o aumento dos poderes do juiz seja, atualmente, visto como ponto alto do processo individual, a soma de poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo é incomensuravelmente maior. Trata-se da *defining function* do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*.

Pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos, caberão ao juiz medidas como desmembrar um processo coletivo em dois – sendo um voltado à tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, outro voltado à proteção dos individuais homogêneos, se houver conveniência para a tramitação do processo; certificar a ação como coletiva; dirigir como gestor do processo a audiência preliminar, decidindo desde logo as questões processuais e fixando os pontos controvertidos, quando falharem os meios alternativos de solução de controvérsias; flexibilizar a técnica processual, como, por exemplo na interpretação do pedido e da causa de pedir. E caberá ao tribunal determinar a suspensão de processos individuais, em determinadas circunstâncias, até o trânsito em julgado da sentença coletiva.

Todos esses poderes, alheios ao Código de Processo Civil, dão uma nova dimensão ao princípio do impulso oficial.

2.6. Princípio da economia

O princípio da economia preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Típica aplicação do princípio encontra-se no instituto da reunião de processos em casos de conexidade e continência e do encerramento do segundo processo em casos de litispendência e coisa julgada.

Mas os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, colocando entraves à identificação das

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION31 31 4/10/2007 14:38:38

relações entre processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fenômenos acima indicados, não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente; e a diferença de legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação.

Outros institutos, como o reforço da coisa julgada de âmbito nacional e a expressa possibilidade de controle difuso da constitucionalidade pela via da ação coletiva, levarão ainda mais o processo coletivo a – na feliz expressão de Kazuo Watanabe – "molecularizar" os litígios, evitando o emprego de inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas, "atomizadas".

2.7. Princípio da instrumentalidade das formas

Esse princípio demanda que as formas do processo não sejam excessivas, sufocando os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, devendo assumir exclusivamente o formato necessário a assegurar as garantias das partes e a conduzir o processo a seu destino final: a pacificação com justiça.

A técnica processual deve ser vista sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio. A interpretação rigorosa da técnica processual, no processo individual, tem dado margem a que um número demasiado de processos não atinja a sentença de mérito, em virtude de questões processuais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões, etc.).

As normas que regem o processo coletivo, ao contrário, devem ser sempre interpretadas de forma aberta e flexível – há disposição expressa nesse sentido no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – e o juiz encontrará nelas sustentáculo para uma postura menos rígida e formalista.

O princípio geral do processo coletivo – capaz de transmitir-se ao processo individual – é muito claro, nesse campo: observado o contraditório e não havendo prejuízo à parte, as formas do processo devem ser sempre flexibilizadas.

3. CONCLUSÃO QUANTO AOS PRINCÍPIOS

Tudo isso demonstra à saciedade que muitos dos princípios gerais do direito processual assumem feição própria no processo coletivo, apontando para a existência de diferenças substanciais.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION32 32 4/10/2007 14:38:38

4. INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO COLETIVO

No campo dos institutos fundamentais, o processo coletivo conta com institutos muito diversos daqueles em que se alicerça o processo individual.

4.1. Legitimação

O esquema rígido da legitimação, regida para o processo individual pelo art. 6º do CPC, é repudiado no processo coletivo, que passa a adotar uma legitimação autônoma e concorrente aberta, múltipla, composta.

4.2. Representatividade adequada

Esse instituto, desconhecido do processo individual, alicerça no processo coletivo a legitimação, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas.

Embora a legislação atual brasileira não mencione expressamente a representatividade adequada, ela inquestionavelmente pode ser vislumbrada em normas que dizem respeito à legitimação das associações. No Código projetado, a representatividade adequada está acoplada aos requisitos objetivos que acompanham as normas sobre legitimação e deverá ser aferida pelo juiz quando o legitimado for pessoa física e nas ações coletivas passivas.

4.3. Coisa julgada

A coisa julgada, rigorosamente restrita às partes no processo individual, tem regime próprio no processo coletivo: *erga omnes,* por vezes *secundum eventum litis* e, no Código projetado, *secundum eventum probationis* – ou seja, possibilitando a repropositura da ação, com base em provas novas, supervenientes, que não puderam ser produzidas no processo e capazes, por si só, de mudar seu resultado.

4.4. Pedido e causa de pedir

O conceito rígido de pedido e causa de pedir, próprio do CPC, aplicado ao processo coletivo, tem dificultado a reunião de processos coletivos, provocando a condução fragmentária de processos, com decisões contraditórias. O Código

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION33 33 4/10/2007 14:38:38

projetado muda radicalmente a forma de interpretação do pedido (olhando para o bem jurídico a ser tutelado) e da causa de pedir.

4.5. Conexão, continência e litispendência

A redifinição da interpretação do pedido e da causa de pedir, assim como da identidade de partes, tem reflexos imediatos nos institutos da conexão, continência e litispendência (e até da coisa julgada). Reporto-me, nesse ponto, ao n. 2.6 deste trabalho.

4.6. Preclusões

O sistema processual civil brasileiro distingue-se de outros (como o italiano) por um regime rígido de preclusões, com a correlata perda de faculdades processuais – o que tem ocasionado, aliás, o grande mal da recorribilidade das interlocutórias e a multiplicação de agravos. Mas as preclusões devem ser vistas exclusivamente em sua função positiva, qual seja a de conduzir o procedimento para o seu resultado final, evitando o retorno a etapas anteriores. As preclusões não devem impedir, por exemplo, a mudança do pedido e da causa de pedir, após a contestação, desde que seja feita de boa fé e não haja prejuízo para o demandado, observado sempre o contraditório.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos permite a alteração do pedido e da causa de pedir, até a sentença, nas condições acima referidas.

4.7. Competência

As normas do microssistema brasileiro sobre a Ação Civil Pública privilegiam o foro do local dos danos, criando competências concorrentes. Mas mais importante e reveladora é a natureza absoluta da competência territorial.

4.8. Ônus da prova

Além da inversão do ônus da prova, *ope judicis*, prevista no Código de Defesa do Consumidor, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos adota o critério dinâmico da distribuição do ônus da prova, cabendo a prova dos fatos a quem tiver maior proximidade com eles e maior facilidade para demonstrá-los.

4.9. Liquidação da sentença

No processo individual, a liquidação da sentença abrange apenas o *quantum debeatur,* ao passo que na liquidação da sentença coletiva condenatória à

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION34 34 4/10/2007 14:38:38

reparação dos danos individualmente sofridos (interesses ou direitos individuais homogêneos) é necessário, alguém da quantificação dos prejuízos, apurar parte do *an debeatur* (a existência do dano individualmente sofrido e o nexo causal com o dano geral reconhecido pela sentença).

4.10. Indenização pelos danos provocados

A *fluid recovery* é instituto típico das ações coletivas que permite, em determinadas circunstâncias, que se passe do ressarcimento pelos *danos sofridos* (regulado pelo Código Civil) à reparação dos *danos provocados*, na hipótese de o prejuízo individual ser muito pequeno ou as vítimas dificilmente identificáveis.

4.11. Outros institutos

Diferenças profundas entre os institutos fundamentais do processo individual e do coletivo podem ser encontradas, sobretudo segundo o Código projetado, nos **poderes do juiz e do Ministério Público,** no **efeito meramente devolutivo da apelação**, na **competência para a liquidação e a execução,** na **execução provisória**, etc.

5. CONCLUSÃO QUANTO AOS INSTITUTOS

Sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que o processo coletivo alicerça-se em institutos fundamentais próprios, totalmente diversos de muitos dos institutos fundamentais do direito processual individual.

6. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual.

Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do Direito Processual, o **Direito Processual Coletivo**, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION35 35 4/10/2007 14:38:38

CAPÍTULO II

A ORIGEM DA TÉCNICA PROCESSUAL: ESTUDOS SOBRE O SISTEMA JURÍDICO SUMÉRIO-BABILÔNICO

Alexandre Freire Pimentel*

Sumário: 1. Introdução – 2. Origem do direito: religiosidade, monogênese/heterogênese. A sentença e o processo como fontes originárias do fenômeno jurídico – 3. Teorias sobre o surgimento do direito – 4. Pré-história e história do direito e do processo – 5. O prelúdio da codificação: evolução do conceito de "código" – 6. A centralização do poder: um requisito para codificação – 7. Uruk: o primeiro parlamento da história 3000 antes de Cristo – 8. A reforma de Enmetena – 9. A reforma de Uruinimgina e Gudea – 10. A legislação de Shulgi: o primeiro código do mundo e a origem da expressão "justiça" – 11. O código de Lipit-Ishtar (o segundo da história): as origens da decadência, da usucapião, da tributação e o desenvolvimento do direito de família – 12. Dadusha, o terceiro código: princípios da jurisprudência; responsabilidade civil pelo fato do animal; a regulamentação dos salários em razão das categorias – 13. Ana Ittishu: a prova da existência da doutrina jurídica suméria – 14. O direito cuneiforme e o código de Hamurabi: priorização para o processo; falso testemunho; proibição de alteração da sentença e a responsabilidade civil do juiz – 15. Considerações finais sobre a técnica processual cuneiforme dos sumérios – 16. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar e demarcar o surgimento da técnica processual, desvinculando-se do truísmo que atribui aos romanos o seu momento atrial. Tenciona-se demonstrar que o fenômeno jurídico origina-se da procedimentalização oral decorrente da aplicação de normas jurídicas rudimentares constituídas pelos núcleos familiares e tribais, bem como que isto se deu em era anterior a do direito escrito. Pareceu necessário distinguir os âmbitos de atuação da história do direito e do direito comparado, para, em sucessivo, recorrendo-se ao método da investigação vertical, delimitar conceitos como o da pré-história e da história do direito processual. Estudos sobre a monogênese e heterogênese do direito revelaram-se úteis para fins de situar o processo nos prelúdios do fenômeno jurídico, bem como para demonstrar que, apesar de o direito não possuir

(*) Mestre e Doutor em direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor adjunto de direito processual civil (graduação, especialização e mestrado) da Universidade Católica de Pernambuco. Professor adjunto da UFPE. Juiz de Direito em Recife.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION37 37 4/10/2007 14:38:39

origem única, como quer considerável e respeitável setor da doutrina, a resolução de conflitos sociais perfizera-se indistintamente através de um *procedimento* que culminava com a edição de um juízo valorativo traduzido na sentença, que, por sua vez, exsurge como fonte primária do universo jurídico.

A história do direito e do processo, entretanto, somente pode ser construída a partir de fatos documentados de modo que o período da pré-história cai, inevitavelmente, no campo da mera especulação, razão pela qual centraremos atenção na etapa evolutiva do processo marcada por fatos comprovados cientificamente. Análises e estudos feitos por especialistas em placas de argila encontradas na região da Mesopotâmia vão comprovar que o direito escrito e a codificação iniciam-se com os sumérios. Diferentemente do que se difunde nos meios acadêmicos, sobretudo nas graduações, a técnica jurídica não fora instituída pelos romanos. A codificação decorreu da centralização de poderes nas mãos de um único monarca, que, impondo o direito pela força e pela legitimação haurida em inspirações divinas, representou o momento a partir do qual juízes foram obrigados a decidir em conformidade com precedentes judiciais transformados em norma legisladas gerais e abstratas.

Alguns fatos relevantes constatados e provados cientificamente embasam a possibilidade de questionamento acerca da procedência, ou não, da tese que localiza o nascimento da técnica jurídico-processual na Suméria, dentre tais merecem destaque a existência incontroversa de: assembléias parlamentares consultivas; norma jurídica codificada detendo caráter geral e objetivante; processos registrados em autos de argila; sentenças relevantes reproduzidas em placas de argila, de modo a denunciar o início da *jurisprudência*; obrigatoriedade do ensino do direito aos jovens; juízes atuando e decidindo consoante a vontade da lei escrita; a edificação, já em 1785 a.C., de uma *doutrina* jurídica que compilava e comentava as leis visando à orientar juízes e operadores do direito. O estudo das leis processuais desse sistema jurídico, que agora iniciamos, consiste, precisamente, no objeto nuclear da pesquisa estampada neste artigo.

2. ORIGEM DO DIREITO: RELIGIOSIDADE, MONOGÊNESE/HETEROGÊNESE. A SENTENÇA E O PROCESSO COMO FONTES ORIGINÁRIAS DO FENÔMENO JURÍDICO.

Apesar de a maioria dos autores identificar a gênese do direito processual civil na Roma antiga,[1] é possível vislumbrar uma origem ainda mais remota.

1. Moacyr Amaral Santos, por exemplo diz que: "A história do direito processual, como a do direito em geral, naquilo que interessa ao direito pátrio, começa em Roma". SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 1. v. 20. ed. p. 37-56.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION38 38 4/10/2007 14:38:39

Aliás, a afirmação de que a *ciência jurídica* moderna encontra sua base em Roma tornou-se, como diz Othon Sidou, um verdadeiro truísmo.[2] Todavia, o direito não nasceu em Roma e não nos parece verdadeiro que possua uma única origem (tese da monogênese), pois, se por um lado, tivemos a característica comum no direito cuneiforme e no direito egípcio (que constituem a base antecedente do direito grego e, portanto, também, do romano), consistente no fato de as leis terem sido originadas por supostas inspirações de divindades,[3] por outro lado, o sistema chinês, que influenciou grande parcela de todo o direito asiático, ou seja, um contingente numérico correspondente à aproximadamente um terço de toda humanidade, não possuiu esta característica. Enquanto os sistemas jurídicos que evoluíram dos sumérios sempre governaram as sociedades *através do direito*, o sistema chinês se impôs inicialmente *através da filosofia* de Confúcio. O direito hindu, malgrado possuir origem religiosa, não deriva da mesma base dos direitos cuneiformes. Doutra banda, os direitos autóctones dos índios e dos negros têm características próprias não sumeriana nem chinesa, derivadas do costume e inspiradas pelas divindades, a exemplo do ocorrido com os ordenamentos jurídicos da África Austral dos Tswanas. Na América indígena, merece destaque a tribo dos muíscas que desenvolveram um sistema próprio (autóctone) de "direito escrito" antes da invasão espanhola.[4] Como observa Souza Filho, não passa de mera pretensão

2. Sidou demonstra que o direito romano não surgiu do nada, mas decorreu de um processo histórico da evolução do direito de sistemas antecedentes. OTHON SIDOU, J. M. *Processo civil comparado.* Forense Universitária, p. 19.
3. Comprovando a religiosidade da cultura mesopotâmica, bem como a influência mítica exerecida sobres os reis e nos cerimoniais sacros, Pierre Amiet revela-nos o seguinte: "Les empreintes de cachets susiens nous reportent vraiment aux origines de la religion orientale dont elles permettent de mieux comprendre la complexité congénitale. Elles nous présentent les rois, les héros et les dieux comme intimement apparentés, puisqu'ils ont été figurés sous des aspects si voisins : parfois distincts, ils ont été confondus en particulier lors de cérémonies essentielles du culte. De même à l'époque néo-sumérienne, les rois joueront les rôles des dieux lors de la cérémonie du mariage sacré, et s'apperenteront à des figures légendaires divinisées, telles que Dumuzi, qui était un ancien roi, ou que Gilgamesh, présenté parfois comme leur 'frère'. Les Susiens paraissent donc avoir joué un rôle capital, à côté des Sumériens d'Uruk, en particulier, dans l'élaboration des croyances religieuses tradicionalles". AMIET, Pierre. Clyptique susienne archaïque. *In: Revue d'assyriologie et d'archéologie orientale.* LI v. nº 3. Paris: Press Universitaires de France, 1957, p. 125.
4. Segundo Bartolomé de Las Casas, os índios *muíscas* ou *chibchas,* que habitavam a região hoje correspondente à Colômbia, desenvolveram um notável sistema jurídico com normas escritas na seara tributária; possuíam palavras diferentes para designar contratos de compra e venda e de permuta; e construíram um direito de família peculiar onde era possível o casamento em grupo de irmãs, por troca ou por compra. Há notícia de que chegaram a legislar sob a forma codificada, mas, como descreve Rafael Antolinez, os *muíscas* que na época da colonização contavam com uma população de um milhão de habitantes foram reduzidos, após cinqüenta anos da invasão espanhola, a pouco mais de dez mil pessoas até que desapareceram. LAS CASAS. *Apud* SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito.* Curitiba: Juruá, 1999, p. 50-53.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION39 39 4/10/2007 14:38:39

etnológica a idéia de que o direito dos brancos europeus seja universal, geral e único.[5]

O argumento da monogênese do direito não encontra sustentáculo sociológico defensável, pois presume identidade de idéias jurídicas para sociedades diferentes, cujas histórias e crenças também não são coincidentes. Além disso, confunde sistemas jurídico-religiosos com sistemas que se legitimaram em divindades, porém sem amalgamar em normas jurídicas religião e direito. É preciso, portanto, não confundir sistemas jurídicos que se legitimaram através de inspirações em entidades divinas na elaboração das normas, mas que não instituíram regras jurídico-religiosas, como ocorreu com os sumérios e os gregos, com outros que jurisdicizaram regras religiosas, a exemplo do direito hebreu e muçulmano.

Assim, o estudo histórico de diferentes sistemas jurídicos e de suas respectivas evoluções exige cuidadoso enfoque para as fontes antecedentes, bem como para as repercussões delas herdadas. Como percebeu Nelson Saldanha, entre uma época e outra, não há seções estagnadas, pois sempre se verifica um evoluir contínuo.[6] O fato de os povos antecedentes aos romanos não terem chegado a construir uma teoria sobre o fenômeno jurídico não é suficiente para se concluir que não tenham construído um *sistema jurídico*. Os sistemas jurídicos antecedem a ciência jurídica, pois se atrelam à idéia de *ordenamento*, sobre o qual se edifica, em momento posterior, a ciência do direito. Antes dos romanos, sem dúvida, houve ordenamentos jurídicos embasados em codificações hauridas a partir de precedentes judiciais dotados de preceitos genéricos a serem aplicados aos casos concretos futuros. O fato de as primeiras normas legisladas terem sido extraídas de sentenças antes prolatadas na resolução concreta de litígios está a denunciar e revelar que o direito processual constitui-se na fonte primacial do direito, pois é fato histórico que a primeira fonte do direito do pós-dilúvio foi a sentença, portanto, o processo designa a fonte preliminar do fenômeno jurídico, ainda quando concretizado de modo procedimental rudimentar.

3. TEORIAS SOBRE O SURGIMENTO DO DIREITO

Das teorias que tentam explicar o nascimento do direito destaca-se a do *contrato social* de Rousseau, pela qual o direito não seria produto da força, mas de

5. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, op. cit. p. 23. Para Sílvio Meira, o direito surgiu em vários lugares: "O direito, como fenômeno universal, pode surgir em vários países do mundo com características idênticas". MEIRA, Sílvio. *A lei das XII Tábuas:* Fonte do direito público e privado. Cejup, 5 ed., p. 18.
6. SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987, p. 111.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION40 40 4/10/2007 14:38:39

um "pacto" celebrado pelos cidadãos ou súditos com o Estado. Na verdade, os homens teriam cedido seus direitos à organização social no decorrer dos séculos através das hordas, dos clãs, das tribos, das cidades e, enfim, dos Estados, que, em contrapartida, deveriam garantir a paz social, com igualdade de direitos.[7] Outra teoria a merecer menção foi elaborada por Karl Marx, conhecida como teoria *comunista ou da luta de classes*,[8] a pressupor que a sociedade está integrada inevitavelmente por classes sociais diferentes: trabalhadores, empregados (classe média) e patrões. Com o processo de produção de bens opera-se um choque entre as classes proletária e patronal, de modo que a classe dominante (patronal) impõe suas regras cuja finalidade não é outra que não seja a de subjugar, pela lei, a classe trabalhadora. Dessa forma, o direito estaria subordinado à economia e seria um produto dela decorrente.[9] Segundo Pasukanis, este entendimento

7. De acordo com Rousseau: "O mais forte jamais é bastante forte para ser sempre o senhor se não transformar sua força em direito e a obediência em dever. Assim é constituído o direito do mais forte, direito tomado ironicamente em aparência e realmente estabelecido em princípio. Mas jamais a nós será explicada essa palavra? A força é um poder físico; não vejo, de modo algum, que moralidade pode resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade; é, no máximo, um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever? (...) Convenhamos, então, que a força não produz o direito e que não se está obrigado a obedecer senão aos poderes legítimos, com o que retorna sempre minha questão inicial". ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social. Princípios do direito político.* Tradução de BINI, Edson. São Paulo: Edipro, 2000, pp. 28-29.
8. GONZALES, Manuel. *História del Derecho,* 4. ed. Venezuela: *La Logica C.A.* 1995, p. 47-8, que, aliás, discorre no sentido de que a teoria que considera o direito como produto da economia não seria propriamente a de Marx.
9. Neste contexto, Engels extrai o seu conceito de Estado e de direito: "Ao mesmo tempo aparece o direito, conjunto de regras de conduta impostas pela classe possidente para explorar a outra classe, regras impostas por coação no quadro dum Estado; o Estado é, pois, organizado pela classe possidente para assegurar o respeito das regras necessárias à opressão dos explorados". Apud GILISSEN, John. **I***ntrodução histórica ao direito.* 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. Na p. 223, o autor registra que este conceito de Engels a respeito do direito e do Estado foi escrito numa obra intitulada *As origens da família, da propriedade e do Estado,* de 1884, na qual ele teria ficado adstrito à evolução histórica do direito na Grécia, em Roma e na Alemanha e também teria se servido, em demasia, da obra de L. H. MORGAN, *copiando-a* muitas vezes: "Engels utilizou abundantemente, e por vezes copiou, a obra de L. H. Morgan, Ancient Society, Londres, 1877". Pasukanis, porém, que extrai conceitos da obra de Engels, afirma que fora de Marx que Engels extraiu importantes conceitos, como o da igualdade: *"*...é dado por Engels uma formulação absolutamente precisa do vínculo existente entre o princípio da igualdade e a lei do valor; numa nota afirma que 'esta dedução das modernas idéias de igualdade, a partir das condições econômicas da sociedade burguesa, foi exposta pela primeira vez por Marx em O Capital'...". PASUKANIS. *A teoria geral do direito e o marxismo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 02-3. Diferentemente de Hegel, que procura através da *dialética* fazer prevalecer o *dever ser,* pois para ele é o *ideal* que norteia a história, Marx exalta o *ser*, ou, mais especificamente, as vicissitudes econômicas que dirigem a História. O pensamento jurídico marxista surge, portanto, como uma reação de origem hegeliana aos abstratos sistemas jurídicos de origem kantiana, lastreado na *apropriação coletiva de bens*, pois segundo Marx*:* "Em definitivo, a evolução do meio econômico tende fatalmente a fazer desaparecer a apropriação estritamente individual. Tal é o fato contra o qual nada podem as nossas preferências pessoais. Porém, se a centralização das forças econômicas, que é cada dia mais completa, tem por termo necessário a apropriação coletiva, só no momento em que, em conseqüência da ação revolucionária da classe

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION41 41 4/10/2007 14:38:39

marxista constitui unanimidade entre os autores, também marxistas, que se dedicaram ao estudo do direito, porque, ao encarar o fenômeno jurídico do ponto de vista sociológico, é capaz de conferir-lhe cientificidade histórica contrapondo-se às teorias apriorísticas, baseadas em atitudes especulativas para sustentar a formulação de uma noção do direito que tem como ponto central o conceito de sujeito de direito ungido à capacidade de autodeterminação, para, assim, facilitar o comércio.[10]

Mas antes do advento do racionalismo iluminista e das idéias socialistas,[11] antes dos glosadores e dos romanos, a história do direito está a ensinar que foi a norma concreta individual (sentença judicial) que inspirou a feitura de normas gerais e abstratas. Isto se verifica nos antigos códigos jurídicos da humanidade, que se constituíam de regras extraídas de precedentes judiciais.[12] Estejamos certos de que a origem do direito, como demonstrou Othon Sidou, citando Cogliolo e Wach, está no processo.[13] O processo é o mecanismo pelo qual o direito se efetiva, existe, e, mais que isso, sem ele o direito não se realizaria, não passaria de exercício metafísico, como um corpo que apesar de racional não alcançaria jamais uma base empírica, ou seja, simplesmente não existiria. A atividade jurisdicional, todavia, não surgiu repentinamente e nem acompanhou o homem desde o início de sua história. No começo, a depender dos costumes locais, o fenômeno jurídico pouco se distinguia das atividades religiosas, místicas ou da moral utilitária. Antes do advento da atividade legislativa ele se constituía num *processo de ordem costumeira,* ao que Reale chama de processo jurídico costumeiro, porque as normas jurídicas primitivas nasciam anonimamente em meio social confuso

produtora e não proprietária, haja aquela entrado no seu período socialista, esta evolução inevitável não se duplicará, como no regime capitalista, com a miséria dos trabalhadores e a ruína dos proprietários expropriados". MARX, Karl. *O capital.* Tradução: DEVILLE. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 58.

10. De acordo com Pasukanis: *"*...os raros marxistas que se ocupam das questões jurídicas consideram sem dúvida alguma o momento da regulamentação coativa social como a característica central e fundamental, a única característica típica dos fenômenos jurídicos. Pareceu-lhes que somente este ponto de vista sustentaria uma atitude científica, ou seja, sociológica e histórica em face do problema do direito, em oposição à atitude dos sistemas idealistas, puramente especulativos.". PASUKANIS, op. cit. p. 04.
11. É claro que antes dessa etapa histórica houve outras teorias sobre o nascimento do direito, como a de Hobbes sobre a concepção do Estado, defendida em *De cive* e no *Leviathan*, onde o eminente filósofo inglês defende um materialismo gnoseológico, segundo o qual, o que sucede com o Estado em relação ao direito é precisamente o que ocorre na natureza, isto é: o direito seria produto exclusivo da força, o fato *"bellum omnium contra omnes"* somente é dissipado pela atuação do Estado, que, no entanto, impõe a sujeição coercitiva dos cidadãos para proteger o direito à vida e a propriedade; em seguida, Grócio vai questionar se todo poder humano é usado em prol dos governados, pois a escravidão denunciava que isso era falso e outros autores também vão atribuir contornos relevantes à idéia do fundamento e da existência do fenômeno jurídico.
12. GILISSEN, op. cit. p. 60-1.
13. SIDOU, op. cit. p. 19.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION42 42 4/10/2007 14:38:40

ao lado de outras regras não jurídicas. Foi nestas condições que a humanidade viveu mais tempo, talvez centenas de milhares de anos, onde o direito não foi mais do que uma mistura de usos e de costumes, ora representado pela força moral e física dos chefes das tribos, ora designado por meio de atividades religiosas ou mágicas.[14]

O nascimento da jurisdição, tal como a conhecemos, é atrelado ao estabelecimento da atividade legislativa,[15] mas em seus prelúdios esteve vinculada ao costume e era exercida pelo chefe do poder político ou por assembléias populares. Nelson Saldanha, porém, acrescenta que, já durante o século XIII, Bracton distinguiu *iurisdictio* de *gubernaculum*, ou seja, enquanto esta designaria: *"... a esfera do poder do rei enquanto autor de atos referentes ao governo do reino – atos, no caso, inacessíveis a limitações e impassíveis de questionamentos (inclusive judicial)",* aquela correspondia, na época, à "competência" dos tribunais e ao direito.[16]

Os históricos do direito possuem teses distintas acerca da origem do fenômeno jurídico, mas, como veremos adiante, a análise das mais variadas opiniões conduz à conclusão indiscrepante de que o direito nasceu a partir do núcleo familiar, do costume ou da força, materializando-se através do processo. Conclui-se que o processo marca o advento do direito, porque a norma, eivada de conteúdos do que hoje se denomina *direito material*, como, por exemplo, as regras proibitivas de adultério, de homicídios etc., somente veio a concretizar-se através de um *procedimento* no qual passou-se a outorgar ao acusado o direito de ser ouvido, e através do qual se colhiam relatos de testemunhas e também da vítima, para, em sucessivo, o chefe tribal ou o líder religioso ditar o veredicto (a sentença). O processo, representado por um tal procedimento exclusivamente oral, é tido como a fonte primacial do direito porque representou o mecanismo de atuação e concreção da norma.

Explicando as origens das duas principais famílias jurídicas (*civil law* e *commom law*), Nuno Espinosa Gomes da Silva sugere que o nascimento das normas

14. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 143-6.
15. Não obstante, há quem atrele a idéia de *processo* à ambiência jurídica instituída a partir do Estado Social. Sobre a evolução histórica do processo, passando pelos sistemas do processo medieval, processo liberal, processo social e processo socialista, veja-se: VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil. Do antigo ao novo código.* Coimbra: Almedina, 1998. p. 127-33, onde o autor oferece uma excelente perspectiva histórica das garantias judiciárias do cidadão.
16. SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias. Estudos de direito público e teoria política.* 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980, p. 54-5.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION43 43 4/10/2007 14:38:40

jurídicas deve ter ocorrido de duas maneiras: por meio de uma *vontade*, seja individual ou coletiva, que num dado momento impôs determinada conduta aos membros do grupo social sob a ameaça de coação se não fosse respeitada; e através da tradição decorrente do repetir certas condutas com constância e que, em face da essencialidade à vida social coletiva, passaram a formar uma *consciência* social da necessidade da observação obrigatória da norma. Então, da primeira hipótese evoluiu-se para o sistema de direito legislado como decorrência da lei imposta pela ameaça de coação; da segunda, constitui-se o direito costumeiro. Na verdade, Nuno Espinosa acata a doutrina de Bobbio que, considera a lei como um processo intencional de criação do direito, ao passo que o sistema consuetudinário concretiza-se através de um processo preterintencional.[17] Pedro Aragoneses, por seu turno, centra-se apenas sobre a idéia de que o direito nasceu a partir de atos de força, a primeira manifestação do direito teria consistido numa ação pessoal e violenta contra a injustiça, de forma que a origem do direito encontra-se am atos de justiça "selvagem", todavia reconhece que enquanto isto foi assim o direito ainda não havia se desvinculado da força.[18] O nascimento do direito, enquanto norma social objetiva, na verdade, antecede sua própria história, encontra-se na etapa da pré-história jurídica, pois emergiu quando grupos políticos representados pelas famílias ou pelos clãs substituíram explosões subjetivas de sentimento jurídico (individuais ou grupais) e passaram a impor de maneira geral e objetiva as regras jurídicas ainda não escritas, e a forma de atuação objetiva das normas, como vimos, perpetrou-se pelo processo eivado por uma oralidade integral, que só veio a ceder à forma escrita na era cuneiforme do direito, que, por sua vez, representa o início de sua história.[19] A conseqüência lógica dessa constatação aponta para a conclusão de que o processo, entendido nesse contexto pré-histórico enquanto mero procedimento oral de resolução costumeira de conflitos, antecede o direito escrito, pois não se pode negar o caráter procedimentalista das contendas anteriores à etapa em que o Estado surgiu e passou a administrar a justiça.

17. GOMES da SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, p. 19.
18. ARAGONESES, Pedro Alonso. *Proceso y derecho procesal. Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del derecho procesal.* Aguilar, Madrid, 1960, p.3.
19. Segundo Rousseau: "A mais antiga de todas as sociedades, e a única que é natural, é a família (...) A família é, portanto, se quisermos, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos e nascidos todos iguais e livres somente alienam sua liberdade a favor da própria utilidade. Toda a diferença consiste em que dentro da família o amor do pai pelos filhos o recompensa pelos cuidados que lhes dedica e, no Estado, o prazer de comandar substitui esse amor que o chefe não dedica ao seu povo". ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social. Princípios do direito político,* pp. 26-27.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION44 44 4/10/2007 14:38:40

4. PRÉ-HISTÓRIA E HISTÓRIA DO DIREITO E DO PROCESSO

Considerado enquanto fenômeno imposto por um Estado unitário, o direito e sua história originaram-se na Suméria, pois foi na região da Mesopotâmia que surgiram os primeiros códigos, o primeiro parlamento, as primeiras escolas, a primeira farmacopéia etc. Os estudos sobre história do direito somente podem remontar a documentos escritos dos povos mais antigos que estejam devidamente conservados a ponto de proporcionar uma leitura segura de seu conteúdo. O código de Ur-Nammu, por exemplo, possui tantas lacunas causadas pelo passar dos séculos que a sua *"completa"* compreensão restou prejudicada. *A origem do direito*, como vimos no item anterior, antecede a da sua história, localiza-se temporalmente antes do dilúvio a partir do momento em que grupos humanos coletivizaram-se tendo como núcleo a família.[20] *A história do direito*, porém, parte do estudo das normas jurídicas documentadas, isto é, escritas, e para chegar ao nível do direito escrito cada povo percorreu uma jornada evolutiva relativamente longa, perpassando por uma etapa de direito costumeiro, entretanto a falta de documentação desse período prejudica sua historicidade, de modo que a fase da escrita do direito constitui o seu marco histórico inicial. A fase histórica relativa a eras de direito não escrito, repita-se, corresponde ao período da sua *pré-história* e escapa a uma atividade cognitiva atual rigorosa.[21]

A história do direito preocupa-se com o estudo de *como e porquê* as normas jurídicas duma sociedade localizada no tempo e no espaço evoluíram, liga-se ao estudo das fontes do direito. Mas como a idéia de direito abrange, além das fontes, as instituições produtoras e aplicadoras das regras jurídicas, bem como os desvios decorrentes de sua aplicação sem excluir os juízos valorativos, e como todo esse conjunto representa a *experiência jurídica,* será a experiência jurídica documentada o objeto de estudo da história do direito.[22] Contudo, é preciso não confundir o objeto da história do direito com o do direito comparado. Apesar de a história do direito também recorrer ao método comparativo, a comparação por ela utilizada é de índole vertical, isto é, parte-se do estudo de um ordenamento

20. SIDOU, op. cit. p. 19.
21. GILISSEN, op. cit. p. 31. Não resta dúvida que a afirmação de que a história do direito coincide com a escrita do direito exclui a história do direito costumeiro originário, que, certamente, é mais antigo que o direito escrito. Mas o fato é que não se pode historiar um fenômeno jurídico não escrito se não se tem registro das normas *costumeiras* que orientaram determinada sociedade numa dada época.
22. GOMES da SILVA, op. cit. p. 28. Antes da escrita não se pode conjecturar sobre direito, por essa razão Manuel Gonzales denomina esse período que a antecede de *legendário* que "...como su nombre lo indica, carece de restos históricos o cualquier elemento que permita cualquier investigación cientifica. Há alelgado hasta nosotros por relatos orales recogidos por los escritores; sólo se sabe que la venganza privada (Ley del Talión) abarcava ademas del delicuente, a su familia". GONZALES, op. cit. p. 45.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION45 45 4/10/2007 14:38:40

(interno ou estrangeiro) não mais em vigor podendo-se contrapô-lo com a ordem vigente. Vê-se, assim, ser possível fazer-se história do direito fora do âmbito de um único sistema jurídico. Por sua vez, o direito comparado "*…consiste no exame de duas ou mais* ***ordens jurídicas****, para explicar as respectivas semelhanças e diferenças".*[23] O método da comparação é usado horizontalmente, isto é, para estudar ordenamentos jurídicos vigentes. Análises históricas verticais de ordenamentos diferentes não constituem objeto do direito comparado, cujo âmbito cognitivo limita-se às análises de *ordenamentos jurídicos estatais***,** positivados em épocas atuais.

5. O PRELÚDIO DA CODIFICAÇÃO: EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE "CÓDIGO"

Na época babilônica, os códigos, também chamados de *recolhas*, como prefere Gilissen, continham um pequeno número de artigos que regulavam questões detalhadas, mas sem uma sistematização integral do direito. Eram, na verdade, agrupamentos de textos jurídicos representativos da primeira fase da história dos ordenamentos. Tais textos, antes de se enquadrarem no conceito sistemático do que hoje conhecemos por códigos, constituíam-se de precedentes judiciais indicativos do caminho procedimental a ser adotado pelos juízes, com base em decisões tomadas em casos concretos pretéritos. Eram espécies de fórmulas situadas entre o caso concreto e as hipóteses abstratas, e há provas da existência de doutrina jurídica no direito babilônico, catalogada pelos idos de 1785 a.C., com destaque para o trabalho compilador de Ana Ittishu, como veremos adiante. Eram os primórdios das regras jurídicas, de índole preponderantemente processual.[24]

É por isso que, para Jair Lot Vieira, o código de Hamurabi[25] não era um verdadeiro código, no sentido técnico e atual da palavra, mas uma coletânea de regras abrangendo vários assuntos. Ao comparar a situação jurídica de então com a dos Estados Modernos, Nelson Saldanha anota que as diferenças não se limitam apenas às circunstâncias sociopolíticas, mas, maiormente, evidencia-se pelas distintas mentalidades: no Estado moderno a consciência jurídica centrou-se

23. CRUZ, José Raimundo Gomes da. Estudo de direito comparado. São Paulo: *Revista dos Tribunais* nº 450/321. Sobre o problema da análise horizontal e vertical, veja-se: DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado:* Introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 74, onde o autor esclarece que: "Não se admite, pelo visto, em nosso entender, falar-se em comparação vertical. No caso da História do Direito, ao contrário, a meta a ser atingida é a sucessão dos sistemas ou institutos, seja apenas um (p. ex. o nacional) ou vários *(ex.: História do Direito Ocidental)".*
24. GILISSEN, op. cit. p. 60-1.
25. Nelson Saldanha, Altavila e Vieira escrevem *Hamurabi*, com um único 'm', mas Gilissen usa dois 'mm', para escrever Hammurabi e os franceses escrevem Hammourabi.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION46 46 4/10/2007 14:38:40

na razão e na legalidade parlamentar constitucional; no período pós-dilúvio, fundamentava-se fortemente na influência mítica. Para a técnica jurídica moderna, *códigos* são construções legislativas adstritas a determinados ramos do direito e criadas sob a influência do racionalismo dos séculos XVII e XVIII. Já os antigos códigos possuíam estruturas mais genéricas que, sob inspiração religiosa, abrangiam distintas searas do direito material e do direito processual, o que se justificava pelas influências contextuais já mencionadas.[26]

Todavia, a falta de codificação, isoladamente considerada, não é motivo suficiente para sustentar a afirmação implicacional que dissocia os sistemas jurídicos da ciência do direito. Se isso fosse procedente o regime da *commom law* também não poderia ser considerado como um sistema jurídico, e, não obstante isto, o direito inglês é sim um sistema jurídico baseado na força vinculante dos precedentes judiciais, como resta realçado amiúde por René David.[27] A existência de *sistemas jurídicos* no período inicial da história do direito é admitida por vários autores, Gilissen, por exemplo, afirma que os egípcios, que legislaram por volta do ano 3000 a.C., teriam sido o primeiro povo a construir um *sistema jurídico* individualista, e, ao que lhe pareceu, tão evoluído quanto o direito romano clássico.[28]

Apesar disso, no âmbito da cultura e da filosofia, somente os gregos e romanos ficaram conhecidos como tendo formado *o mundo clássico,* distinguindo-se do mundo ocidental, e, ao mesmo tempo, sempre ressurgindo como dado de origem, antecedido e herdado. É certo que cada "cultura" detém um estilo próprio, por vezes inspirado em fontes de culturas anteriores com as quais teve contato, para, a partir daí, desenvolver um sistema de regras e de juízo levando em conta sempre, e invariavelmente, a imagem herdada sobre o *anthropos* (o homem) difundida nas variedades do *ethos* (o uso, o hábito e o modo comunitário de ser). É sempre isto, o transmitir-se a cultura pela dominação, pelas guerras, ou pelo intercâmbio pacífico decorrente do comércio, que embasa e lastreia a elaboração de novos códigos. Neste sentido, pode-se dizer que todo passado é contemporâneo.[29]

---

26. SALDANHA. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política,* p. 41.
27. O que caracteriza o direito inglês – e por direito inglês, entenda-se apenas o aplicado na Inglaterra e no País de Gales –, é o fato de ele voltar-se, primordialmente, para o direito processual, eis que o direito material é ditado pela tradição consuetudinária. "Essa tradição faz o direito inglês apresentar-se-nos como possuidor de um caráter eminentemente contencioso e como tal dominado, em sua própria concepção, pelo processo". DAVID, René. *O direito inglês.* Martins Fontes. São Paulo, 1997, p. 01. É interessante observar que o primeiro código de processo civil inglês data da última década do último século.
28. GILISSEN, op. cit. p. 51-2.
29. SALDANHA. Anthropos. Anotação sobre o humano e sobre a história, p. 204 e 209. São Paulo: *Revista Brasileira de Filosofia,* do Instituto Brasileiro de Filosofia. Volume XLIV – abril – maio – junho, 1999.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION47 47 4/10/2007 14:38:41

6. A CENTRALIZAÇÃO DO PODER: UM REQUISITO PARA CODIFICAÇÃO

Na estrutura sócio-política da antiga Suméria o poder, que até então era exercido pelo chefe-guerreiro, passou para as mãos do chefe religioso, político e legislador, ou seja, uma única pessoa passou a centralizar essas funções. A princípio, a fonte do poder derivava das divindades mas, com a estruturação da sociedade, o direito passou a ser expresso através de órgãos judiciários e a idéia do poder divino perdeu força, advindo um processo de laicização até que os próprios reis passaram a promulgar as leis, como ocorreu com Shulgi em 2094 a.C., Lipit-Ishtar em 1934 a.C., e Hamurabi em, aproximadamente, 1792 a.C., não obstante esses reis terem sempre mantido a mítica da inspiração religiosa sobre a legislação, como ocorreu com Hamurabi em relação ao deus Schamasch. Antes desses reis os anteriores apenas limitavam-se a dizer que suas leis eram *ditadas* pelas divindades como se deu com Uruinimgina e Gudea.[30] Fato é que Hamurabi conseguiu impor o seu código porque concentrava em suas mãos o poder de legislar, administrar e julgar.[31]

No início da era cuneiforme as normas jurídicas eram ditadas ou inspiradas por entidades divinas, ou até mesmo pelo próprio Deus, como ocorreu com o direito hebreu, o direito hindu, o mulçumano etc. De certa forma isso se repetiu na Idade Média, mas com a revolução liberal a fonte inspiradora do direito passou a ser a razão, ao menos isso foi assim na Europa e na América. E o aparelho legislativo, que na era cuneiforme, e também na do Estado absolutista, concentrava-se nas mãos do monarca, passou, na fase liberal, para o parlamento (embora a Inglaterra, com o Instrumental of Government de Cromwell, em 1653, já tivesse, posto isto em prática antecedentemente).[32] Na era do racionalismo, até mesmo a teoria do direito natural sofreu alteração para admitir, com Hugo Grócio, sua laicização, passando-se a pôr a razão no lugar da divindade; depois, com Hobbes, passou-se a consentir que a razão humana também era falível; em seguida, com Sammuel Punfendorf, veio a diferenciação entre direito e teologia e, principalmente, entre direito natural e direito positivo; finalmente, através de Stammler,

30. LARA PEINADO E LARA GONZÁLES. *Los Primeros Códigos de la Humanidad.* Madri: Tecnos editora, 1994, p. X.
31. Como demonstra Nelson Saldanha, esse fenômeno voltou a ocorrer ao fim da Idade Média, quando a concentração de poder nas mãos do monarca equivaleu, também, a uma delimitação territorial significativamente definida que possibilitou a unificação do direito pondo-se por escrito os costumes e superando-se o fragmentário direito consuetudinário, como ocorreu na maioria dos países europeus. SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política,* p. 38.
32. Saldanha observa que existe uma tendência de se passar a função legislativa para os juízes. SALDANHA. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política,* p. 86-7.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION48 48 4/10/2007 14:38:41

rompe-se com a velha concepção jusnaturalista ao mencionar a impossibilidade de conteúdos empíricos deterem validade incondicionada, universal e eterna.[33]

Mas tanto no Estado Moderno quanto na época dos direitos cuneiformes o fator que possibilitou a codificação do direito foi a centralização do poder nas mãos do monarca ou do imperador, ou, ainda, nas mãos de pequenos grupos de pessoas sob o comando de um líder. No Estado Moderno observou-se a tendência cada vez mais crescente de codificação do direito, tanto que Nelson Saldanha esclarece que a essência do direito moderno consiste no fato de ele ser *legalista*. Aliás, a expressão *direito legalista* é mais adequada que a expressão *direito burguês* ou *direito capitalista*, pois se evitando a adoção desses adjetivos conseguir-se-á abstrair do conceito de direito notas típicas de fenômenos sociológicos ou econômicos.[34] Adentremos, agora, na análise das reformas ocorridas no direito sumério.

7. URUK: O PRIMEIRO PARLAMENTO DA HISTÓRIA 3000 ANTES DE CRISTO

Os primeiros códigos da história emanam da Ásia Menor,[35] Kramer indica e comprova, sem qualquer dúvida, que os documentos mais antigos do mundo foram mesmo encontrados na Suméria e perfazem um total de mais de mil placas pictográficas contendo registros administrativos, jurídicos e burocráticos.[36] O chamado direito *cuneiforme,* que abrangia a Suméria, Acádia, Babilônia e

33. Sobre a evolução do Direito Natural, veja-se: DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito,* p. 98 e seguintes. No mesmo sentido, vide: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito,* p. 77.
34. SALDANHA. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política,* p. 38.
35. Apesar das opiniões divergentes, os registros históricos documentados não permitem dúvidas quanto à precedência suméria no fenômeno da codificação. Interessa registrar, todavia, a opinião de Gilissen, no sentido de que o direito egípcio teria surgido no terceiro milênio a.C. Jaeger, por sua vez, identifica o surgimento do Estado jurídico na Grécia. Segundo este respeitado autor, o surgimento das normas jurídicas processuais se deu no momento em que se verificou a necessidade de se regulamentar a atividade de administração da justiça. Para Werner Jaeger tal ocorreu na Grécia, onde o processo regia-se pelo procedimento oral, bem como pelo princípio dispositivo e o ônus da prova incumbia às partes, mas em situações excepcionais o juiz podia tomar a iniciativa em matéria probatória. JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do homem grego.* Editora Martins Fontes, São Paulo, 1995, traduzida por Arthur M. Parreira, p. 133-4. Ora, não há dúvidas que os gregos aprofundaram a técnica processual, chegando a dispor sobre a tutela de execução e arrolar bens impenhoráveis, como fica claro em Ugo Paoli, quando consigna que: "...l'esecuzione con mezzi propri da parte del privato cittadino di um diritto certo (o incontestato o precedentemente accertato in giudizio) è lasciata, come in diritto atico, all'arbitrio di chi ne è titolare". PAOLI, Ugo Enrico. L'Antico Diritto di Gortina. Rev. *Antologia Giuridica ed Antiquaria,* I, A. G. Milano, 1968, p. 45. Entretanto, apesar de documentos recuperados denunciarem que os egípcios também legislaram, e que os gregos desenvolveram um inestimável e pouco estudado sistema processual civil, foi na suméria onde primeiramente se perpetrou a legislação pelo método da codificação.
36. KRAMER, Samuel Noah. *A história começa na Suméria.* São Paulo: Europa-América, 1963, p. 25.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION49 49 4/10/2007 14:38:41

Assíria, dentre outras civilizações, baseava-se em normas jurídicas escritas. Apesar da divergência doutrinária, esses escritos podem ser considerados como "códigos", sobretudo porque suas regras podiam ser agrupadas em coleções. A denominação *direitos cuneiformes* emprega-se ao conjunto dos direitos da maioria dos povos supracitados porque eles serviam-se de um processo de escrita em forma de *cunha* ou de prego.[37] Em época posterior a dos sumérios, desenvolveu-se o direito egípcio e somente depois é que surgiram os direitos: grego, hebreu e hindu.[38]

Os documentos jurídicos escritos mais remotos nascem em fins do século IV ou começo do século V, há aproximadamente três mil anos a.C., na Mesopotâmia. Os sumérios estabeleceram-se na região da Mesopotâmia por volta do ano 3500 a.C., e a cidade mais antiga de que se tem notícia, em conformidade com o material desenterrado nessa região pelas expedições arqueológicas, é Uruk (Erech, segundo a bíblia), que possuía uma grande muralha e um templo. Também o primeiro parlamento do mundo foi sumério, a primeira assembléia da história reuniu-se, de forma solene, há aproximadamente 3000 anos a.C. Constituía-se por duas câmaras ou assembléias, sendo a primeira composta pelos cidadãos mais velhos e a segunda por todos os cidadãos do sexo masculino capazes de pegar em armas. O rei sumério possuía poder de veto sobre a decisão do "parlamento". Estas assembléias eram convocadas em época de guerra para deliberar sobre guerra e paz. Há registros históricos, gravados em argila, que dão conta que houve uma guerra entre duas Cidades-Estados sumérias (Kish e Uruk) e no momento em que o rei de Kish ameaçou guerrear contra Uruk, o rei desta última cidade convocou as duas assembléias para dizerem qual a decisão a ser tomada: reconhecer o rei de Kish como soberano de todo território sumério ou lutar pela independência. A câmara dos mais velhos, a que Kramer chama de senado, optou pela paz mesmo que com isso perdesse a independência, mas o rei Gilgamesh repetiu a consulta à câmara dos guerreiros, que optou pela guerra. O rei então vetou a decisão do *"senado"* e adotou a opção da guerra, mas, ao final, veio a ter Uruk sitiada pelos guerreiros de Kish, e em seguida chegaram a uma solução conciliada para manter a paz.[39]

Somente no segundo milênio é que as demais regiões ingressaram na era do direito (escrito) e surgem documentos jurídicos no Élan (país dos Hititas), Fenícia,

37. GILISSEN, op. cit. p. 58. Também fazendo referência às cunhas temos Othon Sidou à p. 21 da obra citada.
38. Gilissen ainda se refere ao direito do Elan, país dos Hititas como um sendo um importante elo dos sistemas jurídicos da antiguidade. Verifique-se na obra citada p. 19 e 51.
39. KRAMER, op. cit. p. 51-4.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION50 50 4/10/2007 14:38:41

Israel, Creta e Grécia. Em 1799, um cientista francês chamado Jean-François Champollion decifrou os hieróglifos da famosa pedra *Rosetta*, do Egito, que havia sido encontrada por um soldado de Napoleão, comprovando a existência de normas jurídicas escritas datadas de três mil anos a. C.[40] Em paralelo, no oriente surgiram: o sistema de direito da China, que de resto influenciou o direito de quase toda Ásia; e o da Índia; ambos baseados em regras escritas.[41] Os direitos hebreu, hindu e muçulmano têm como característica comum a grande vinculação das normas jurídicas a normas religiosas, diferentemente do sistema da China que constituiu um sistema jurídico sem qualquer apego à religião, sem preocupação com a vida após a morte. Adentremos, agora, na análise do direito imposto pelos reis que iniciaram as reformas do direito sumério e que prepararam o caminho para a codificação.

8. A REFORMA DE ENMETENA

Apesar da fragmentação dos documentos encontrados na região da Mesopotâmia foi possível constatar que o mais antigo dos textos jurídicos traduzidos pertenceu a Enmetena, rei de Lagash, que ficou conhecido na história jurídica por ser o primeiro rei sumério a empreender reformas no direito então vigente por volta do ano 2404-2375, a.C. Do que se verificou nas placas de argila fortemente fragmentadas, a reforma de Enmetena teve por finalidade melhorar a situação econômica e social de seu país, tendo também investido na melhoria das relações diplomáticas com as Cidades-Estados vizinhas. Há registro de um *tratado* firmado com Uruk, que se constitui no mais remoto documento diplomático da história. Os pontos mais importantes da legislação de Enmetena referem à remissão de dívidas, isenção tributária e à liberação de vários súditos que se encontravam na condição de escravos em decorrência do não pagamento de dívidas.[42]

Dos fragmentos restantes consta que Enmetena construiu para Ningirsu (entidade religiosa de Lagash ligada à guerra e protetora da vegetação) uma edificação com 648.000 tijolos e 1840 GUR-sag-gal (unidade de medida que

40. Através da análise de gravuras sumérias do reino de Uruk, Pierre Amiet constatou a presença de figuras egípcias ao lado de entidades sumérias, de modo a comprovar que esses povos mantiveram relações culturais mais intensas do que normalmente se supõe no presente: "Cette dernière figure est, il est vrai, attestée dans les écritures primitives d'Uruk et de Suse, mais la première est à notre connaissance totalment étrangère à la Mesopotamie. Il n'est donc pas invraisamblable que le graveur, indubitablement mésopotamien, se soit inspiré librement d'un modèle égyptien. Les relations entre Égypte et Orient se révè ainsi comme fort complexes, mais de toute façon, il apparaît que le rôle des Susiens dut être plus important qu'on ne pouvait le supposer jusqu'à présent". AMIET, Pierre, op. cit. p. 129.
41. GILISSEN, op. cit. p. 51-2.
42. LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. XVII.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION51 51 4/10/2007 14:38:41

correspondia 250 l).[43] O que resta de fragmentos não segue esta mesma linha de conteúdo, não havendo resquício de direito codificado.

9. A REFORMA DE URUINIMGINA E GUDEA

Depois do reinado de Enmetena, Uruinimgina[44] assumiu a chefia do Estado de Lagash durante o período de 2352-2342, a.C. e empreendeu uma nova reforma legal, da qual restam apenas cinco cones e uma placa oval de argila. Esta reforma centrou-se sobre três principais temas: primeiro, tratou de reajustar a estrutura da máquina administrativa do Estado; segundo, implementou a regulamentação de tarifas para determinar atividades e profissões; terceiro, editou decretos para perdoar dívidas. Os textos que chegaram até nós da época do rei Uruinimgina referem-se, inicialmente, ao modo de governar dos administradores anteriores e que, a partir de sua era, foram abolidos. Sobre direito, pode-se anotar disposições legislativas referentes ao divórcio e pequenos furtos.[45]

Gudea, por sua vez, foi um rei da época do soerguimento do Estado Sumério após a invasão pelos acádios em 2334 a.C., e, depois, pelos povos montanheses *qutu* em 2210 a.C. Sobre Gudea existem numerosas esculturas e placas de argila que permitem o conhecimento de sua atividade no poder marcada pelos anos 2144 a 2124 a.C., como, por exemplo, a população da Suméria, que chegou a atingir o número 216.000 habitantes. Das placas de argila gravadas na época de Gudea verifica-se que dentre suas várias realizações destaca-se que ele evitou processos, aboliu dívidas e decretou anistias.[46] Adentremos na era dos reis legisladores que iniciaram a codificação do direito.

---

43. Idem.
44. Diferentemente de Lara Peinado e Lara Gonzáles, Maurice Lambert usa grafia distinta para designar o mesmo rei, ele escreve: 'Urukagina'. Neste sentido, confira-se: LAMBERT, Maurice. Documents pour lê § 3 des réformes D'Urukagina. *In: Revue d'assyriologie et d'archéologie orientale.* LI v. nº 3. Paris: Press Universitaires de France, 1957, p. 139.
45. LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. XVII. Parece relevante registrar que a adequada interpretação acerca das reformas empreendidas por este rei enfrenta enormes dificuldades. Neste sentido, relatou Lambert: "Les 'Réformes' d'Urukagina posent des problèmes difficiles. Elles exigent surtout des commentaires nombreux et variés allant bien au delà des quelques éclaireissements que nous leur avons accordés dans RA 50, 169 ss. Avant toute tentative d'explication, il convient en effet de connaître les différents documents économiques qui, parfois, s'y rattachent de très prés. Ci-dessous l'on trouvera les textes concernant le paragraphe 3, et plus précisament les moutons à laine". LAMBERT, Maurice, op. cit. p. 139.
46. O item quatro de uma dessas tábuas dizia "La ley de Nanshe (principal deusa de Lagash) y de Ningirsu fueram respetadas: el huérfano no fue entregado al rico; la viuda no fue entregada al poderoso; en la casa que no tenía hijo heredero, dejó que la hija celebrase la quema del sebo de oveja. Gudea hizo sugir días de justicia para él y puso el pie sobre la nuca de todo lo adverso". LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. 39-45.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION52 52 4/10/2007 14:38:42

10. A LEGISLAÇÃO DE SHULGI: O PRIMEIRO CÓDIGO DO MUNDO E A ORIGEM DA EXPRESSÃO "JUSTIÇA"

Nem Gudea nem seus antecessores chegaram a legislar sob a forma codificada, o surgimento da codificação coincide com o advento da terceira dinastia de Ur.[47] Por volta do ano de 2112 a 2095, a Suméria conheceu Ur-Nammu que se intitulava como aquele que estabeleceu o direito na terra.[48] Sobre esse período foi descoberto um código contendo normas jurídicas em moldes bastante semelhantes aos atualmente conhecidos, previa-se, por exemplo, o dever de indenização para aquele que fraturasse o pé de uma outra pessoa, com o pagamento de dez siclos de prata; quem fraturasse um osso fazendo uso de uma arma devia pagar uma mina de prata.[49] Estas regras certamente inspiraram Hamurabi na redação de seu código, pois nele encontramos disposições muito semelhantes dispondo sobre o dever de indenização, em pecúnia, para quem causasse uma lesão corporal em outra pessoa, por exemplo.

Ur-Nammu foi sucedido no trono pelo seu filho Shulgi, que reinou de 2094 até 2047 a.C., e sua obra constitui-se no mais antigo monumento legislativo-codificado da história, propriamente dito. Até o ano de 1981 pensava-se que o código de Shulgi era de autoria de Ur-Nammu. Entretanto, Yildiz e Kramer descobriram e provaram que essa obra legislativa pertenceu mesmo ao filho de Ur-Nammu, o rei Shulgi. Constatou-se que originariamente o código de Shulgi foi escrito sob uma estela de pedra que não resistiu ao tempo, mas dela várias cópias em argila foram feitas e conseguiram chegar até nós.[50] Talvez a confusão a respeito da autoria deste código deva-se ao fato de o seu prólogo recordar a conduta e os feitos do genitor de Shulgi, Ur-Nammu.[51]

---

47. Parte da doutrina equivoca-se ao conceber a Hamurabi a precedência no direito codificado. O venezuelano Manuel Gonzales, por exemplo, afirma textualmente que o primeiro código de que se tem notícia teria sido o de Hamurabi: *"El más antiguo de los Códigos de Oriente, al menos de los que conocemos es el Codigo del* **Rey Hammurabi***..."*. GONZALES, op. cit. p. 52. Entretanto, não há dúvidas de que Hamurabi não foi o primeiro rei sumério a editar um código, como será agora visto em detalhe.
48. Neste sentido, Lara Peinado e Lara Gonzáles, citando Thuereau-Dangin, transcrevem o seguinte texto atribuído a Ur-Nammu: "...se presentó a si mismo como ´aquel que, según las leyes justas del dios Babbar, estableció el reinado del Derecho en la tierra". Vide op. cit. p. XXV. Gilissen, contudo, consigna que a data do início da vigência do código Ur-Nammu ocorreu, aproximadamente, no ano de 2040 a.C. GILISSEN, op. cit. p. 64.
49. Dizia este código no Col. VIII, que "Se um cidadão fracturou um pé ou uma mão a outro cidadão durante uma rixa pelo que pagará 10 siclos de prata. Se um cidadão atingiu outro com uma arma e lhe fracturou um osso, pagará uma "mina' de prata. Se um cidadão cortou o nariz a outro cidadão com um objecto pesado pagará dois terços de 'mina'". GILISSEN, op. cit. p. 64.
50. LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. XXV e XXVI.
51. Vejamos como ele se iniciava: "...Ur-Nammu, hombre fuerte, rey de Ur, rey de Sumer y de Akkad, com la fuerza de Nanna (deus da lua)… en el país. A título de ofrenda regular establecí 90 GUR de cebada, 30

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION53 53 4/10/2007 14:38:42

Deste código nos chegou até hoje apenas o prólogo e trinta e dois artigos, o epílogo e demais disposições foram destruídos pelo tempo e até o presente momento não se descobriu ainda uma outra placa de argila que o contenha de forma integral. A primeira positivação codificada do direito ocorreu de forma mista regulando matérias de direito penal, de família, agrário e, também, matéria processual referente ao falso testemunho. No item 10 do prólogo há uma disposição relativa à justiça, onde o monarca dizia que não impôs trabalho e que fez desaparecer o ódio e a violência bem como o clamor pela justiça. A expressão *justiça* (que deriva da palavra Nig-si-sá) é aqui interpretada para designar o fenômeno do direito manifestado pela forma escrita. E no caso específico retratou o perdão de dívidas, liberação de pessoas escravizadas em razão de dívidas, restituição da propriedade imóvel expropriada também em face de débitos.[52]

A lei de Shulgi inicia-se, logo nos artigos 1º e 2º, impondo a pena de morte a quem cometesse homicídio ou atos de bandidagem. O artigo 3º contém disposição semelhante a uma espécie de liberdade provisória, mediante o pagamento de 15 GÍN (no sentido de dinheiro ou moeda) de prata, aplicável contra um homem que atuasse como um malvado. Esta *malvadeza* é interpretada como sendo qualquer ato ilegal como um seqüestro, por exemplo. Depois, nos artigos seguintes, impõe penalidades contra escravos. No artigo 6º novamente aplica a pena de morte contra o homem que deflorar uma mulher e o artigo 7º permitia que o homem traído matasse sua esposa em caso de adultério comprovado, sem que isso se constituísse em ato ilícito. Esta foi a primeira regulamentação da legítima defesa da honra, pois havia uma causa explícita de exclusão de antijuridicidade na lei escrita. Regulou ainda o divórcio, impôs o pagamento em dinheiro contra o agente que provocava lesões corporais, como já dito. Em relação ao processo constam dois artigos: um com a prescrição de penalidade em dinheiro para a testemunha que mentisse;[53] e o outro complementava o anterior dizendo que se um homem comparecesse em juízo como testemunha e se recusasse a prestar

---

ovejas y 30 SILA de mantequilla para Ur-Nammu los 30 días de cada mês". LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. 53-4. Nesta época cultivava-se uma forte crença nos deuses, como "Inanna", uma deusa que descia espontaneamente ao reino dos mortos onde ela mesma renascia. A ela atribui-se a seguinte frase: "Eu caminho pelos céus, e a chuva cai; eu caminho sobre a terra e a grama e as ervas germinam.". Vejamos, ao lado, a sua imagem extraída de babiloniabrasil@ angelfire.com.



52. Eis o texto: "...No impuse trabajos, hice desaparecer el odio, la violencia y el clamor por la justicia. Establecí la justicia en el país". LARA PEINADO e LARA GONZÁLES. op. cit. p. 59.
53. Isto estava escrito no artigo 27: "Si un hombre ha comparecido como testigo y ha sido declarado perjuro, pesará quince GÍN de plata." LARA PEINADO e LARA GONZÁLES. op. cit. p. 70.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION54 54 4/10/2007 14:38:42

juramento devia indenizar a parte prejudicada naquilo que fosse o objeto do próprio processo.[54]

No processo da época de Shulgi havia extremo rigor contra as pessoas que se negavam a prestar depoimento em juízo e a recusa a esse dever era interpretada como prova de falsidade das declarações que se pretendia obter. Há registro de uma ata de julgamento de um processo de difamação onde duas mulheres que prestaram falso testemunho foram marcadas em suas faces e humilhadas com a retirada dos véus que cobriam suas cabeças. Este código teve grande influência no direito sumério, pois chegou a ser aplicado em várias Cidades-Estados e também pela sua demorada vigência teve artigos literalmente copiados por Hamurabi.[55]

11. O CÓDIGO DE LIPIT-ISHTAR (O SEGUNDO DA HISTÓRIA): AS ORIGENS DA DECADÊNCIA, DA USUCAPIÃO, DA TRIBUTAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DE FAMÍLIA.

Lipit-Ishtar era filho de Ishme-Dagan que, por sua vez, era conhecido como o rei que abatia o ódio e a maldade e se considerava o verdadeiro fundador da justiça. Foi o quinto soberano da dinastia de Isin (uma das Cidades-Estados da Suméria) e é considerado como o segundo rei mais antigo da história a legislar através do método da codificação.[56] O seu código foi redigido em língua suméria mas continha algumas frases escritas em acádio e dele nos chegaram doze fragmentos. Em seu prólogo, Lipit-Ishtar é tido como o escolhido pelos deuses para reinar e estabelecer a justiça em Isin. Há um registro no sentido de que o direito dos mais pobres foi reconhecido. Foi escrito numa estela de pedra e copiado em várias tablitas de argila para uso dos escribas e estudantes. Em seu epílogo vem registrado o desejo do rei em estabelecer a justiça na Suméria e na Acádia.[57]

---

54. Era o que constava do artigo 28, *verbis:* "Si un hombre ha comparecido como testigo y ha rehusado prestar juramento, indemnizará de aquello de lo que sea objeto el proceso". LARA PEINADO e LARA GONZÁLES. op. cit. p. 70.
55. LARA PEINADO e LARA GONZÁLES. op. cit. p. 73-81.
56. A data exata do reinado desse rei, bem como a do seu código é objeto de divergência entre os autores, embora não haja dúvidas quanto ao fato de que fora o segundo a legislar sob a forma codificada. Para Gilissen o código de Lipit-Ishtar, rei de Isin, foi editado em 1880 a.C., cf., op. cit. p. 64. Esta data não coincide com a apontada por Lara Peinado e Lara Gonzáles, que situam o reinado do mesmo rei no período compreendido entre os anos 1934 a 1924 a.C. Há, ainda, uma terceira e abalizada opinião em divergência. Refiro-me a um valioso artigo de Émile Szlechter, no qual o autor diz o seguinte: "Le Code de Lipit-Istar est, dans l'ordre chronologique, le second des recueils des lois sumériennes. Le regne de Lipit-Istar se situant entre 1873 et 1863 av. J.-C., le code qu'il publia est antérieur d'environ 180 ans à celui de Hammurapi". SZLECHTER, Émile. Le code de Lipit-Istar. *Revue d'assyriologie et d'archéologie orientale.* LI v. nº 2. Paris: Press Universitaires de France, 1957, p. 59.
57. LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. XXIII.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION55 55 4/10/2007 14:38:43

Os quatro primeiros artigos chegaram até nossos dias incompletos, os demais regularam a aplicação da pena de morte, o dever de indenizar em caso de afundamento de embarcações, relações de direito agrário, relações entre senhor e escravo. Dois artigos que chamam a atenção são os de nº 20 e 21, que dispõem sobre a caducidade de determinados direitos.[58]

De forma semelhante ao código de Shulgi, o de Lipit-Ishtar também impunha, para quem acusasse falsamente uma pessoa, a pena referente ao delito injustamente acusado.[59] Em relação à posse e à propriedade havia uma equiparação referente à aquisição desses direitos que eram transmissíveis por herança assim como dispõe o nosso atual código civil que também regulamenta a matéria dispondo que com a abertura da sucessão, a propriedade e a posse da herança transmitem-se desde logo aos herdeiros.[60]

E o possuidor perdia o direito de propriedade se não pagasse uma renda durante três anos. E se a propriedade fosse utilizada por outra pessoa que pagasse tal renda durante esse mesmo período ela a adquiria, tudo em conformidade com o artigo 23.[61] Este dispositivo representa a origem da prescrição aquisitiva (usucapião), e o seu conceito atual enquadra-se nesta disposição legal na medida em que este instituto confere, hoje, ao possuidor a aquisição do domínio pelo decurso do tempo, como prescreve o artigo 1238 e seguintes do atual Código Civil Brasileiro.

O artigo 24 do código de Lipit-Ishtar continha disposição sobre a mesma matéria, mas infelizmente está fragmentado, supõe-se que devia regulamentar uma possibilidade de o titular do domínio voltar a exercer a posse quando o abandono fosse inferior a três anos. O código dedicou vários artigos ao direito de família regulando situações de abandono de lar, novas núpcias etc. Ao final, Lipit-Ishtar

58. Dizia o artigo 20: "Si la caducidad del derecho de un señor se realiza en virtud de una concesión del rey, no se le podrá exigir nada.". O artigo 21 prescrevia: "Si la caducidad del derecho de un señor se realiza en virtud de una concesión del rey y si un hombre se lleva al beneficiario en conta de su voluntad, este hombre no lo puede retener, él podrá ir a donde deses". Idem.
59. *Artigo 22* – "Si un hombre acusa injustamente a outro hombre de un asunto que no conoce, este hombre que no puede aportar la prueba de su acusación soportará la pena del asunto del cual él le había injustamente acusado". Ibidem.
60. Sobre o assunto, o art. 1.206 do CC brasileiro prescreve: "A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres". E o Art. 1.207 o complementa, dizendo: "O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais".
61. Vejamos o seu teor: "Si el poseedor de un dominio ha descuidado pagar la renda del dominio y si otro hombre la ha aportado y durante tres años no ha abandonado este dominio, el hombre que ha soportado la renda del dominio no podrá intentar ninguna acción contra él". LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. XXIII.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION56 56 4/10/2007 14:38:43

determinou que o seu código fosse insculpido numa estela de pedra para registrar o estabelecimento do direito na Suméria e na Acádia.[62]

12. DADUSHA, O TERCEIRO CÓDIGO: PRINCÍPIOS DA JURISPRUDÊNCIA; RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO ANIMAL; A REGULAMENTAÇÃO DOS SALÁRIOS EM RAZÃO DAS CATEGORIAS.

Apesar de haver divergência quanto à data do código de Eshnunna,[63] parece não existir dissensões que ele é posterior ao de Lipit-Ishtar. O antigo Estado de Eshnunna, mais tarde conhecido como Tell Asmar, surgiu com o desmembramento do reino de Ur, e o seu código, continha previsões de dever indenizatório, para quem, por exemplo, sendo proprietário de um cão agressivo fosse negligente na guarda do animal e permitisse que ele mordesse alguém (artigo 56). O artigo 5º previa que se um barqueiro fosse negligente e deixasse afundar o barco, responderia por tudo que deixou afundar.[64] Regulou diferentes valores de salários de acordo com os tipos de profissões (artigos 7º a 11).[65] Kramer, que ajudou a traduzir este código, crê que ele foi escrito numa placa de argila seca ao sol (descoberta no início deste século) em caracteres cuneiformes, em língua suméria e confirma que o código de Shulgi antecedeu-lhe.[66]

A autoria do código chegou a ser controvertida nos meios arqueológicos, inicialmente Goetze a atribuiu ao rei Bilalama de 1980 a.C., depois Szlechter defendeu que a obra seria idéia de Ipiq-Abad II de 1835 a.C., mas, posteriormente, chegou-se a conclusão de que o autor do código de Eshnunna foi Dadusha, filho de Ipiq-Abad II, cujo reinado abrangeu o período de 1794-1785 a.C., o que parece correto eis que o prólogo diz expressamente que os deuses reclamaram a Dadusha a realeza de Eshnunna. No referente ao direito processual, registrou a preocupação em assentar princípios jurisprudenciais.[67]

Depois de passar por uma série de eventos propulsores de sua decadência, como pestes, inflação, anarquia, fracasso da política exterior e etc., a Suméria foi

62. LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. 83-107.
63. Segundo Gilissen data de 1930 a.C., mas para Lara Peinado e Lara Gonzáles data de 1794 a.C.
64. GILISSEN, op. cit. p. 64.
65. LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. 113-115.
66. Aliás, a placa de argila onde se insculpiu o código de Nammu encontra-se hoje, apesar dos estragos que o tempo causou-lhe, no Museu da Antiguidade Oriental de Istambul. Neste sentido, vide KRAMER, op. cit. p. 78.
67. Suas tablitas: "...demuestran una evolución en la prática del Derecho y un deseo de sentar principios jurisprudenciales". LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. XXXII.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION57 57 4/10/2007 14:38:44

invadida pelos semitas amorreos, que com a ajuda de outros povos periféricos puseram fim à história dos sumérios para fazer advir o período *paleobabilônico*, ou, dos reinos combatentes dentre os quais se incluíam os de Isin, Larsa, Eshnunna, Uruk e Babilônia, que chegaram a lutar entre si pela disputa da herança da terceira dinastia de Ur. Nesse período surgiram várias literaturas jurídicas.

13. ANA ITTISHU: A PROVA DA EXISTÊNCIA DA DOUTRINA JURÍDICA SUMÉRIA

Além desses três códigos sumérios existiram outras construções legais e que chegaram a constituir coleções jurídicas escritas em língua suméria e traduzidas para o idioma acádio. Dessas coleções destaca-se a de Ana Ittishu que continha artigos de lei com comentários doutrinários destinados ao ensino do direito para estudantes, bem como para manuseio de juízes e escribas. A coleção de Ana Ittishu foi publicada pela primeira vez em 1880, por H. C. Rawlinson, que demonstrou a regulamentação da responsabilidade civil e do direito de família.[68] Esta coleção fulmina qualquer dúvida acerca da existência da *técnica jurídica* babilônica, ainda que concebida enquanto *arte* do direito, no sentido acima mencionado. Porém, o grau máximo de evolução do direito cuneiforme foi representado pelo código de Hamurabi, passemos ao seu estudo.

14. O DIREITO CUNEIFORME E O CÓDIGO DE HAMURABI: PRIORIZAÇÃO PARA O PROCESSO; FALSO TESTEMUNHO; PROIBIÇÃO DE ALTERAÇÃO DA SENTENÇA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ.



O ápice do direito cuneiforme deu-se com Hamurabi, rei da Babilônia, e embora o seu código, escrito por volta de 1728 a.C., não seja o mais antigo da história ele foi o que mais se destacou. Continha 282 artigos gravados numa estela, onde está insculpido em baixo relevo o deus-sol Samas (Schamasch),[69] que teria "inspirado" Hamurabi a redigir as normas que deveriam ser gravadas.[70] Vejamos uma réplica de tal representação:

68. LARA PEINADO e LARA GONZÁLES, op. cit. p. XXXII a XXXIV.
69. Ao descrever esse deus, Jair Lot Vieira usa a expressão **Chamash**, mas designando o mesmo sentido do narrado por Gilissen. Cf. VIEIRA. *Código de Hamurabi. Código de Manu. Lei das XII Tábuas.* Edipro 1ª reimpressão ano 2000, p. 09.
70. GILISSEN, op. cit. p. 61-2.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION58 58 4/10/2007 14:38:44

Apesar de haver uma gritante divergência entre os historiadores sobre o período em que Hamurabi esteve no poder, e que consiste numa diferença de datas de quatro séculos, isso, todavia, não lhe retira a importância histórica.[71] Um autor norte-americano chamado Sumner chegou a afirmar que ele era tão bom quanto os modernos códigos europeus. A estela de diorite inserida acima se encontra hoje no museu do Louvre. Oito anos após a morte de Hamurabi povos semibárbaros invadiram a Babilônia (cidade com área maior que a de Paris), levaram consigo a estela e a enterraram em Susa, até que em 1902, um pesquisador chamado Morgan a desenterrou. A figura de Hamurabi recebendo do deus do Sol *Schamasch* (Samas) os 282 artigos que compõem o código prova que até mesmo ele recorreu a divindades para legitimar o exercício do poder.[72]

Hamurabi (também chamado de Kamu-Rabi) reunificou a Mesopotâmia e fundou o primeiro império babilônico, criou um Estado despótico e centralizado nos aspectos: religioso, administrativo e jurídico. E foi exatamente a centralização jurídica o seu maior legado. A realeza da época era teocrática e as conotações religiosas chegavam a atingir até mesmo a hierarquia social. A sociedade era feudalizada, patriarcalista e o trabalho era realizado em regime escravocrata. A unificação do direito e do Estado era uma necessidade de manutenção da ordem e isso somente seria alcançado com um severo pulso de governo. O caráter despótico hamurabiano de fato existiu e verificava-se, por exemplo, na aplicação das penas previstas no código em referência. Elas variavam em conformidade com a posição social do infrator e da vítima. Em alguns casos, se um homem destruísse um olho de um homem livre e não vulgar teria o seu olho também destruído, entretanto se a vítima fosse um homem vulgar, de acordo com o artigo 198, o agente do delito devia pagar uma indenização em prata.[73]

---

71. Para H. R. Hall este período compreende os anos de 2123 a 2080. Para Pietro Bonafante, abrangeu os anos de 1728 a 1686, como aponta OTHON SIDOU, op. cit. p. 20. Por sua vez, Gilissen fixa o ano de 1694 a.C, como sendo a época em que Hamurabi teria escrito o seu código, mas Jair Lot Vieira escreve que tal data estaria entre os anos de 2067 a 2025 a.C. Nelson Saldanha, todavia, consigna com base nos arquivos babilônicos que o reinado de Hamurabi deu-se entre os anos de 1728 a 1686, a.C. (SALDANHA. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política,* p. 43). Como se vê, realmente há uma considerável imprecisão de datas sobre a época do reinado de Hamurabi. Atéem relação ao número de artigos há dissensão: Othon Sidou, por exemplo, registra que este código teria 288 artigos, mas de fato ele só continha 282, como se vê pela edição da Edipro, que os reproduziu na íntegra, e pela referência de Gilissen.
72. Para Altavila, o autor do código teria sido o próprio Hamurabi, isto fica claro quando três parágrafos traem, nas entrelinhas, sua sensibilidade e psicologia, pois os de número 137, 156 e 172, ao estabelecerem causas distintas para o divórcio concluem, em relação à mulher, que desfeito o vínculo conjugal: *"Ela pode desposar, em seguida, o homem do seu coração".* ALTAVILA. *Origem do direito dos povos,* p. 29.
73. SALDANHA. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política,* p. 42. No mesmo sentido, temos VIEIRA. *Código de Hamurabi. Código de Manu. Lei das XII Tábuas,* p. 09 e 35, onde se comprova que o artigo 195 da lei de Hamurabi dizia que "Se um filho bater em seu pai cortarão sua mão". O artigo 196 previa que "Se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão o seu olho". Mas se a vítima fosse um homem vulgar a pena era outra, conforme o artigo 198: "Se destruiu um olho de um homem vulgar ou quebrou seu osso, pesará uma mina de prata".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION59 59 4/10/2007 14:38:44

Com Hamurabi conheceu-se um verdadeiro e desenvolvido sistema jurídico, principalmente em relação ao direito privado. Nele regulavam-se a compra e venda (inclusive a crédito), arrendamentos, depósito, empréstimos a juros, títulos de créditos à ordem, dentre outros institutos. Não havia, no entanto, uma teoria jurídica sobre o direito das obrigações, ela só viria de fato a ser desenvolvida mais tarde pelos romanos que, por sua vez, basearam-se nos mesopotâmicos.[74] Othon Sidou enaltece o primeiro capítulo desta legislação por se referir a regras processuais e apesar de os dispositivos vertidos para o processo serem em menor número que os concernentes ao direito material, o código de Hamurabi indicava uma priorização para o aspecto procedimental do fenômeno jurídico, o que de resto ocorreu com todas as legislações desse período e até mesmo, mais tarde, com a lei romana das XII Tábuas.[75] A sistematização do código de Hamurabi subdividia as matérias legisladas em dezoito capítulos, vejamos:

> Capítulo I – Dos Sortilégios e Juízos de Deus (arts. 1º e 2º); Capítulo II – Do Falso Testemunho e Prevaricação dos Juízes (arts. 3º a 5º); Capítulo III – Crimes de Furtos e Roubos; Reivindicação de Bens Moveis (arts. 6º a 25); Capítulo IV – Direitos e Deveres do Oficiais, dos Gregários, dos Vassalos e da Organização do Benefício (arts. 26 a 34); Capítulo V – Cultivo do Campo, Locação e Cultivo dos Fundos Rústicos (arts. 35 a 65 e A); Capítulo VI – Casa: Compra e Locação (arts. B a K); Capítulo VII – Empréstimos a Juros (arts. L a T); Capítulo VIII – Das Sociedades (arts. U e V e 101 a 126); Capítulo IX e X – Injúria e Difamação – Da Família (arts. 127 a 194); Capítulo XI – Delitos e Penas, Lesões Corporais, Talião e Indenizações (arts. 195 a 214); Capítulo XII – Honorários e Penalidades Profissionais (Médicos, Veterinários, Barbeiros, Mestres-de-Obras, Bateleiros) arts. 215 a 240; Capítulo XIII – Empréstimos e Locação de Bois (arts. 241 a 249); Capítulo XIV – Boi que Causa Morte Humana por Chifrada (arts. 250 a 252); Capítulo XV – Dos Agricultores (arts. 253 a 260); Capítulo XVI – Dos Pastores (arts. 261 a 267); Capítulo XVII – Tarifas para Diversas Locações (arts. 268 a 277); Capítulo XVIII – Dos Escravos, Rescisões de Contrato de Venda; Renegação do Dono (arts. 278 a 282).[76]

O descumprimento do dever de testemunhar, em juízo, a verdade sobre os fatos era punido até com a perda da vida de quem cometia o falso testemunho.[77] Atualmente, no Brasil, o dever que recai sobre os juízes de não poderem alterar suas sentenças (hoje explicitamente previsto no artigo 463 do CPC),[78] também

74. GILISSEN, op. cit. p. 63.
75. OTHON SIDOU, op. cit. p. 20.
76. VIEIRA, op. cit. pp. 10-14
77. Dizia o seu artigo 3º que: "Se um homem, em processo, se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa em perda de vida, ele deverá ser morto". VIEIRA, op. cit p. 13.
78. Exclua-se dessa afirmação as hipóteses hoje previstas que possibilitam a retratação, através da apelação (CPC, 296) e o efeito infringente derivado dos embargos declaratórios.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION60 60 4/10/2007 14:38:44

já existia no código de Hamurabi. E se restasse comprovado que o juiz alterou a sentença ele devia pagar o equivalente a doze vezes do valor cobrado na causa e ainda era punido com a perda da função. Neste sentido, o artigo 5º prescrevia que:

> Se um juiz julgou uma causa, deu uma sentença e exarou um documento selado e depois alterou o seu julgamento, comprovarão contra esse juiz a alteração e ele pagará até doze vezes a quantia que estava em questão. Além disso fá-lo-ão levantar-se de seu trono de juiz na assembléia e não tornará a sentar-se com os juízes em um processo.[79]

A parte final deste dispositivo confirma a tese de que a magistratura era exercida através de órgãos colegiados. No Brasil, o código de processo prescreve que após a publicação da sentença o juiz somente pode alterá-la para correção, de ofício ou a requerimento da parte, de inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo, ou por meio de embargos de declaração, como permitem os artigos 463 e 535 do CPC.[80] É sustentável que também a figura da coisa julgada (atuais artigos 467 a 475 do nosso CPC), seja mais antiga do que normalmente se imagina, na medida em que a não alteração da sentença a transforma em lei para o caso concreto. Quanto à responsabilidade civil do juiz, que era regulada pelo código de Hamurabi, é atualmente prevista no artigo 133 do código de processo civil brasileiro e aplica-se contra o magistrado que, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Dentre outras características processuais do código de Hamurabi, merecem realce: que os juízes eram nomeados pelo rei, exerciam função delegada e tinham caráter itinerante. Como a incidência da aplicação da pena de morte era muito elevada a decisão final era submetida ao rei, a quem cabia decidir em última instância. O acesso à justiça era facilitado e, por conta disso, havia um elevado número de processos. Os termos processuais eram lavrados em tábuas de argila através de caracteres em formato de cunha.[81] Para Nelson Saldanha, o fato de as

---

79. VIEIRA, op. cit. p. 14.
80. A menção ao artigo 463 levou consideração a nova redação atribuída pela lei nº 11.232/05. Todavia, a partir de 1994, a lei 8952/94 alterou o artigo 296 do CPC para permitir que o juiz altere a sentença nos casos de indeferimento da petição inicial, mediante provocação do autor através de apelação. Isso só pode ocorrer nas hipóteses do artigo 295, ou seja, quando a parte for manifestamente ilegítima; quando o autor carecer de interesse processual; quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (nesse caso a sentença será de mérito por imposição do inciso IV do artigo 269); quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação, caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; quando não atendidas as determinações do juiz por defeito de forma nos termos do artigo 39, parágrafo único, primeira parte, e 284.
81. SIDOU, op. cit. p. 21.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION61 61 4/10/2007 14:38:45

disposições processuais do código de Hamurabi serem descritas em linguagem hipotética outorga-lhe sim o status de um complexo arcabouço normativo, tendo o eminente jurista da Escola do Recife consignado que alguns autores o consideram como uma verdadeira Constituição em sentido formal.[82]

15. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A TÉCNICA PROCESSUAL CUNEIFORME DOS SUMÉRIOS

O código de Hamurabi representa, ao mesmo tempo, o ápice e o fim de uma era. Associando-o a outros fatos processuais é sim possível considerar que a técnica processual iniciou-se com os sumérios e babilônios, como passaremos a demonstrar. Um primeiro e relevante fato neste sentido decorre de uma descoberta arqueológica de duas placas de argila encontradas na região da Mesopotâmia, que registraram os autos de um processo penal, por volta do ano de 1850 a.C., na Suméria. Constatou-se que Nin-dada, uma mulher, teve o seu marido assassinado por três homens: um barbeiro, um jardineiro e um escravo, que em seguida a informaram a respeito do crime. Ela, por sua vez, não cientificou as autoridades acerca do ocorrido, mas mesmo assim o rei veio a saber do fato e o caso foi levado a julgamento perante a assembléia de cidadãos de Nippur, a qual exercia funções judiciais típicas de um tribunal. Aberta a sessão a acusação falou: *"Aqueles que mataram um homem não são dignos da vida. Aqueles três homens e aquela mulher devem ser mortos em frente da cadeia de Lu-Inanna, filho de Lugal-apindu, o funcionário Nishakku"*.[83] Durante o julgamento nove membros componentes votaram pela condenação dos acusados, bem como pela de Nin-dada, pois entenderam que o fato de ela ter guardado segredo sobre o crime fazia com que fosse considerada como *"encobridora"* (partícipe).

Por outro lado, dois outros "cidadãos" (Shu-lilum, um funcionário da administração de Ninurta, e Ubar-Sin, jardineiro) fizeram a defesa de Nin-dada alegando que ela não participou do crime e, conseqüentemente, não podia ser condenada, pois não tinha o dever de informar às autoridades porque o seu marido não a sustentava. Disseram os defensores: *"É certo que o marido de Nin-dada, filha de Lu-Ninurta, foi assassinado, mas que fez a mulher para merecer que a matem?"*. [84] Depois dos debates a assembléia prolatou o seguinte acórdão:

> Uma mulher que o seu marido não sustentava? Admitamos que conheceu os inimigos de seu marido e que depois de ele ter sido assassinado,

82. SALDANHA. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política,* p. 43-4.
83. KRAMER, op. cit. p. 83-86.
84. Ibidem.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION62 62 4/10/2007 14:38:45

> porque não deveria manter-se calada acerca dele? Foi ela quem matou o seu marido? O castigo daqueles que realmente mataram é suficiente. Em conformidade com a decisão da assembléia de Nippur, Nanna-sig, filho de Lu-Sin, Ku-Enlil, filho de Ku-Nanna, barbeiro, e Enlil-ennam, escravo de Adda-kalla, jardineiro, foram entregues ao carrasco para serem mortos. Esta é uma sentença dada pela assembléia de Nippur.[85]

Além de se constatar a *técnica* da autuação de atos processuais e do encerramento da prestação jurisdicional através de uma *sentença,* deste processo foram encontradas placas de argila idênticas, fato que está a demonstrar que a sentença que ficou famosa nos meios históricos como sendo a da *"esposa que não falou"* era conhecida de todo o meio jurídico da Suméria, constituindo e dando início à primeira "jurisprudência" conhecida, e provada, da história.[86] Este fato processual corrobora a assertiva no sentido da existência do desenvolvimento de uma *técnica jurídico-processual,* sobretudo se consideramos as compilações e anotações de Ana Ittishu como obras doutrinárias, posto que destinadas ao esclarecimento do *como atuar*, o *savoir faire* dos juízes e operadores do direito. Outro fato digno de realce refere à precedência histórica do que seria *justiça,* o que se deu com a palavra *Nig-si-sá,* traduzindo, como vimos, o fenômeno do direito manifestado pela forma escrita.

Ainda quanto à existência de doutrina suméria, autores especializados registram que no período pré-romano foram sim escritos trabalhos doutrinários, contudo, infelizmente, a maioria deles não chegou até nós. Esta carência, por sua vez, constitui-se num verdadeiro contratempo para a análise e conhecimento dos repertórios jurídicos desses períodos anteriores ao romano.[87] Outro dado importante a reforçar a existência de doutrina na era cuneiforme, consiste no fato de que na Suméria de três mil anos a.C., onde surgiram os primeiros documentos jurídicos do mundo após o dilúvio, o ensino das leis era obrigatório para os jovens, como foi demonstrado por Kramer, através da tradução de outras placas de argila desse período.[88] É com base em dados como esse que Boyer consigna

85. Ibidem.
86. Kramer, que é historiador, depois de traduzir as placas, pediu ao Decano da Universidade da Pensilvânia, o Dr. Owen J. Robrts, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos durante os anos de 1930 a 1945, que emitisse opinião sobre esse caso. E o juiz norte-americano disse que certamente os tribunais dos Estados Unidos decidiriam da mesma forma absolvendo a mulher, pois de acordo com a lei norte-americana o *"encobridor"* para ser condenado além de ter conhecimento do crime deve: *receber; tratar; reconfortar ou ajudar o criminoso.* KRAMER, op. cit. p. 83-86.
87. "Sin embargo, sí debe destacarse la gran extensión geográfica e influencia que los Códigos más antiguos de Mesopotamia – independientemente de toda connotación política – tuvieron, tanto en el espacio geográfico como en el cronológico, pues se rastrean claramente sus ecos incluso en la posterior legislación romana". LARA PEINADO, Federico e LARA GONZÁLES, Federico, op. cit. p. IX-X.
88. KRAMER, op. cit. p. 83-86.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION63 63 4/10/2007 14:38:45

que os sumérios, ao adotarem o detalhe da descrição na lei de casos concretos já decididos, enfrentando inclusive contradições entre julgados, proporcionaram o nascimento da *técnica jurídico-processual*. O código de Hamurabi, por sua vez, deixa claro que a regulamentação das várias hipóteses concretas a serem decididas no futuro era feita partindo-se de um conjunto de breves fórmulas de jurisprudência alinhadas a elementos coercitivos de ordem impessoal e instrumental.[89]

Ora, a *técnica jurídica* designa um conjunto de meios artificiais criados pela lei, com a finalidade de tornar sua compreensão e consecução de seus fins mais fáceis.[90] Os códigos sumério-babilônicos, apesar de não se incluírem no conceito moderno de "*códigos"*, no sentido técnico e atual da palavra, apesar disso, desempenhavam o mesmo papel consagrado pela técnica jurídica hodierna. Tratava-se de um direito caracterizado pelo processo onde as regras de direito material, a exemplo do que ocorreu com o direito inglês, surgiram da jurisprudência firmada sobre as lides passadas. Foi na Suméria que surgiu a idéia de transformar as sentenças em fórmulas legais, além disso o direito sumério guarda, ainda, certa relação de semelhança com o direito inglês em razão do fator vinculante das fórmulas legais sobre as decisões futuras.[91] Esses dois sistemas distanciam-se, no entanto, em razão de o direito sumério ter sido imposto pela força derivada da centralização do poder e representado através de normas escritas (legisladas), ao passo que o direito inglês edificou-se a partir da tradição, da norma costumeira prescindindo-se da técnica do direito legislado.

O processo sumério iniciou-se através de uma administração judiciária cujas sedes dos tribunais eram os templos religiosos e os aplicadores da lei eram os próprios sacerdotes. Depois, no Estado de Lagash, quando a lei passou a ser aplicada por meio de um regime único para todos os súditos, a jurisdição passou a ser exercida pelos anciãos e pelos notáveis sem, contudo, afastar a participação dos sacerdotes pois nesta época havia várias camadas sociais e a lei não era a mesma, ou, ao menos, o rigor da lei variava conforme a inserção social das pessoas em conflito, tal como ocorre ainda hoje no Brasil. Em sua fase inicial o processo sumério, conforme anotou Scouflaire, não implicava na aplicação de penas privativas da liberdade. A expressão *prisão* só surge posteriormente com a reforma imposta pelo rei Uruinimgina. As reformas sumérias, anteriores a Hamurabi, redundaram no importante aspecto referente à publicação da lei,

89. BOYER, *apud* LARA PEINADO, Federico e LARA GONZÁLES, Federico, op. cit. p. XIII.
90. NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica.* 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 484.
91. Técnica à qual o Brasil aderiu recentemente com a adoção da súmula vinculante pelo STF.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION64 64 4/10/2007 14:38:45

mitigando a arbitrariedade e a injustiça, bem como reforçando a tese da instituição do tecnicismo jurisdicional. Essas reformas, posteriormente, influenciaram os acádios e amorreus, que passaram a adotar o mecanismo da publicação da lei.[92]

A *estrutura lógica* do processo sumério vinha prescrita na lei, através de uma formulação hipotética de causa e efeito que apresentava, para o juiz, qual a conseqüência processual objetiva a ser adotada em face da pretensão deduzida em juízo. Não se tratava de regras inflexíveis, pois apesar de vincularem o julgador, ao mesmo tempo, permitiam uma considerável possibilidade de adaptações pontuais, tal como ocorre com a *"técnica das distinções"* do direito inglês. O conjunto sumério de formulações normativas transcendia o direito processual e atingia um objetivo de ordem governamental referente a critério histórico e psicológico. Quando as leis sumérias eram reformadas, cada rei, ao outorgar uma nova lei, sempre levava em consideração a construção legislativa precedente, bem como o fato de delimitar o lícito e distingui-lo do ilícito. A aplicação da lei suméria detinha caráter obrigatório mas o direito processual não conheceu a distinção de suas subespécies, pois a mesma lei processual aplicava-se tanto para lides de índole penal quanto civil e, na seara cível, tanto em relação ao que os gregos distinguiram como ações fundadas em direito público quanto a ações fundadas em direito privado. Isso explica o fato de as sanções judiciais serem, majoritariamente, de ordem punitiva mesmo quando o ilícito era de natureza distinta.

Para Lara Peinado e Lara Gonzáles, o método processual sumério possuía inegável grau de "cientificidade", que também abrangia o método legislativo.[93] No entanto, não há provas documentais capazes de convencer quanto à existência da construção de uma *ciência jurídica* nem de uma *teoria jurídica*, há apenas registros de leis, de coleções que comentavam as leis, de assembléias etc. Todavia, a lei não emanava das assembléias, que se limitavam ao desempenho de papéis consultivos, mas sim do rei que hauria legitimação em divindades. O conceito de técnica não abrange nem pressupõe o de ciência. Apesar de Lambert, Amiet e Szlechter encontrarem nas leis sumérias várias ocorrências da expressão "*cidadão"*, como se observa na valiosa *Revue d'assyriologie et d'archéologie orientale,* isso não quer significar que naquela época as pessoas livres tivessem

92. Apud Lara Peinado e Lara Gonzáles, op. cit. p. XVI.
93. A respeito da cientificidade do direito sumério estes autores afirmaram que: "En cualqueir caso, el Derecho mesopotámico no sólo fue una ciencia, sino también un arte, con el cual los juristas, jueces y escribas o administradores debían dar satisfacción a las necesidades práticas". Ver op. cit. p. XV-XVI.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION65 65 4/10/2007 14:38:45

qualquer garantia de proteção limitativa da atuação do poder do Estado, na verdade isso somente veio a se consolidar com a Revolução Liberal de 1789.

Por outro lado, não se pode negar que há provas de que: as leis eram ensinadas aos jovens; na era de Hamurabi a jurisdição era exercida por juízes; os juízes decidiam de acordo com a lei e que não podiam alterar suas sentenças; os atos processuais eram documentados em autos de argila; as decisões judiciais eram reproduzidas e discutidas. Isso se aparenta como suficiente para concluir pela existência de uma *técnica processual,* mas como não há provas acerca de uma *teoria jurídica*, e nem parece razoável isto supor, é também possível concluir que os sumérios babilônicos não chegaram a instituir uma ciência do direito. Ora, é sabido que a *ciência do direito* pode ser enxergada sob dois aspectos relevantes, que são as duas faces da mesma moeda, como demonstra Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ora ela representa apenas um aspecto da dogmática, ou seja, verte-se para cada um dos ramos da experiência jurídica; ora designa a ciência unitária do direito, isto é, o fenômeno normativo-jurídico que encontra na *sistematicidade* o elemento-traço distintivo de seu caráter científico. Sob qualquer desses aspectos, a ciência do direito busca a captação da norma em sua situação concreta e nesta medida ela se traduz como uma *ciência interpretativa*,[94] ou como diria Nelson Saldanha: direito é ordem e hermenêutica.[95] Partindo desta premissa, e diante das provas existentes, não se pode negar que foram os sumérios os instituidores da técnica processual, sobretudo porque é possível atribuir ao vocábulo *técnica* um sentido geral coincidente com o de *arte.*[96] Este é o sentido que nos parece mais apropriado para representar o inestimável legado mesopotâmico.

16. REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicolai. *Dicionário de filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem do direito dos povos.* São Paulo: Ícone, 1989.

AMIET, Pierre. *Revue d'assyriologie et d'archéologie orientale.* LI v. nº 3. Paris: Press

Universitaires de France, 1957.

ARAGONESES, Pedro Alonso. *Proceso y derecho procesal. Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del derecho procesal.* Madrid: Aguilar, 1960.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudo de direito comparado.* São Paulo: Revista dos Tribunais nº 450/321.

94. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito.* São Paulo: Atlas, 1980, p. 13-4.
95. SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica.* São Paulo: Renovar, 1992.
96. ABBAGNANO, Nicolai. *Dicionário de filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 937.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION66 66 4/10/2007 14:38:46

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado. Introdução. Teoria e metodologia.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. *O direito inglês.* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito.* Coimbra: Arménio Amado, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do direito.* São Paulo: Atlas, 1980.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.* 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES da SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006.

GONZALES, Manuel. *História del derecho.* 4. ed. Venezuela: La Logica C.A., 1995.

JAEGER, Werner. **Paidéia.** *A formação do homem grego.* Editora Martins Fontes, São Paulo, 1995.

KRAMER, Samuel Noah. *A história começa na Suméria.* São Paulo: Europa-América, 1963.

LAMBERT, Maurice. *Revue d'assyriologie et d'archéologie orientale.* LI v. nº 3. Paris: Press Universitaires de France, 1957.

MARX, Karl. *O capital.* Tradução: DEVILLE. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

MEIRA, Sílvio. *A lei das XII tábuas. Fonte do direito público e privado.* 5. ed. Belém: Cejup, 1989.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica.* 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

OTHON SIDOU, J. M. *Processo civil comparado.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

PASUKANIS. Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAOLI, Ugo Enrico. "L'Antico Diritto di Gortina". Rev. *Antologia Giuridica ed Antiquaria,* I, A. G. Milano, 1968.

PEINADO, Federico Lara & GONZÁLES, Federico Lara. *Los primeros códigos de la humanidad.* Madri: Tecnos Editora, 1994.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* Coimbra: Arménio Amado, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social. Princípios do direito político.* Tradução de BINI, Edson. São Paulo: Edipro, 2000.

SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987.

_____. *Estado de direito, liberdades e garantias. Estudos de direito público e teoria política.* 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980.

_____. *Ordem e hermenêutica.* São Paulo: Renovar, 1992.

_____. "Anthropos. Anotação sobre o humano e sobre a história". São Paulo: *Revista Brasileira de Filosofia,* do Instituto Brasileiro de Filosofia. Volume XLIV – abril-maio-junho, 1999.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION67 67 4/10/2007 14:38:46

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 1. v. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito.* Curitiba: Juruá, 1999.

SZLECHTER, Émile. *Revue d'assyriologie et d'archéologie orientale.* LI v. nº 2. Paris: Press Universitaires de France, 1957.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil. Do antigo ao novo código.* Coimbra: Almedina, 1998.

VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi. Código de Manu. Lei das XII tábuas.* São Paulo: Edipro 1ª reimpressão, 2000.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION68 68 4/10/2007 14:38:46

CAPÍTULO III

TEORIA PROCESSUAL E PROCESSO CONSTITUCIONAL "OBJETIVO"

André Ramos Tavares*

Sumário: 1. Contextualização – 2. Uma nova leitura: a Constituição-processo – 3. Fim da dicotomia *Direito Processual Constitucional – Direito Constitucional Processual?* – 4. Existência e importância de um processo "objetivo" adequadamente construído – 5. Elementos indicados para o processo objetivo: 5.1. Apuração do âmbito concreto no processo abstrato; 5.2. Finalidades alcançadas pelo processo objetivo; 5.3. Processo objetivo e falta de interesse concreto – 6. Dimensionamento processual do modelo concreto-difuso de controle da constitucionalidade – Referências Bibliográficas.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

No contexto de uma teoria da Justiça Constitucional[1] é necessário tratar, detidamente, do denominado processo constitucional objetivo, especialmente quanto aos seus fundamentos teóricos.

Trata-se do estudo acerca da instrumentalização da Justiça Constitucional, vale dizer, do modelo processual funcional, tendo como parâmetro a Constituição, modelo este que, por vezes, revela certas conseqüências para o próprio resultado da atuação do Tribunal Constitucional (e, num sentido mais amplo, da Justiça Constitucional). Isso significa que não se trata de uma instrumentalização neutra ou isenta de opções, como se procurará demonstrar adiante. A adoção da tese de um processo constitucional objetivo deve refletir certas concepções de Direito.

Uma análise processual-constitucional da Justiça Constitucional poderia ferir o tema na perspectiva estrita do controle judicial de constitucionalidade, em

---

(*) Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP; Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP; *Visiting Research Scholar* na *Cardozo School of Law – New York*; Professor Convidado da *Universidade de Santiago de Compostela*; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

1. Compreendida amplamente, incorporando o denominado controle concentrado-abstrato de constitucionalidade (Tribunal Constitucional) e o controle difuso-concreto (todo magistrado como juiz constitucional). Sobre o tema: Tavares, 2005.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION69 69 4/10/2007 14:38:46

suas condicionantes e múltiplas relações de caráter processual na dogmática brasileira. Poderia, ainda, problematizar os institutos processuais da Constituição de 1988 (o que, em parte, implica na compreensão do fenômeno da constitucionalização do Direito).

O estudo que segue procura enfrentar o tema da formação de um processo constitucional objetivo no contexto da teoria da Justiça Constitucional e das relações com a teoria processual.[2] Tal análise, porém, depende de certas distinções, às quais se atentará em um primeiro momento: o Direito Processual Constitucional, objeto da presente perquirição, não resulta da teoria processual da Constituição e tampouco se confunde com o denominado Direito Constitucional Processual (formado por normas tradicionais sobre processo, integrantes da Constituição).

Por outro lado, a análise que aqui se apresenta não importa em adotar posições formalistas, que autorizam o Tribunal Constitucional a escusar-se de apreciar certos problemas, "escudado em escrúpulos de natureza formal" (Dallari, 1971: 12).

A análise do processo constitucional (objetivo), no contexto da Justiça Constitucional, não é discussão meramente formal. Tampouco se pode dizer que esteja ultrapassada na atualidade, em virtude de uma (certamente) necessária necessidade de refletir acerca do conteúdo das decisões tomadas pela Justiça Constitucional. É certo que a discussão do mérito das decisões é extremamente relevante (assim como sua legitimidade, grau de vinculação, etc.). Mas ela não pode ser levada adiante satisfatoriamente sem a correlata discussão de métodos de apoio e construção dessas decisões e do significado que essas regras assumem num contexto mais amplo, de interferência inclusive no próprio mérito das decisões.

Como se demonstra adiante, simplesmente ignorar essa temática, como parecem sugerir alguns professores, significaria abandonar importantes aspectos da formatação de uma Justiça Constitucional, dos limites e alcance de suas decisões, seja quanto ao seu conteúdo, seja quanto à sua externalidade.

2. UMA NOVA LEITURA: A CONSTITUIÇÃO-PROCESSO

No contexto da discussão sobre Constituição e Processo, em suas múltiplas dimensões, assume relevo, na atualidade, a chamada teoria processual da Constituição. Como é de conhecimento geral, o aspecto processual sempre foi

2. Para um estudo acerca de cada um dos aspectos conformadores desse processo objetivo (que denomino conjunto morfológico-processual): Tavares, 2005: cap. XVI.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION70 70 4/10/2007 14:38:47

apresentado como secundário (mesmo quando alcançou foros de autonomia) em relação ao direito material, considerado este como o conjunto das normas com o sentido das condutas e as orientações (morais) definitivas do Direito (cf., nesse sentido: Guerra Filho, 2000: 21). Como conseqüência da teoria processual da Constituição, evidencia-se que o *processual* deixa de apresentar função secundária no equacionamento dos problemas constitucionais e na construção da relação Constituição-Processo, adquirindo relevância e primazia na concepção de Direito Constitucional adotada.

A Constituição, concebida como norma fundamental que fornece apenas o processo para a tomada das decisões, conforme a idéia-motriz da teoria processual da Constituição, tomou força especialmente com as chamadas *teorias procedimentalistas da Justiça Constitucional*.

O pressuposto filosófico de amparo dessas teorias está no multiculturalismo, na complexidade das sociedades atuais (cf. Gutmann, Thompson, 2004: 12-3; Guerra Filho, 2000: 15, 70), que importam não mais em cristalizar (normativamente) soluções de mão única e definitivas. A profunda discordância existente na sociedade acerca dos valores a serem adotados faz com que não se possa escolher, previamente, nenhum deles. Para grandes questões há grandes divergências sociais e as decisões (político-normativas) fatalmente irão vincular as pessoas em geral. Assim, tendo em vista a existência de diversas posições sobre os mais variados assuntos, e considerando que as pessoas discordam entre si sobre as melhores soluções e, ainda, considerando que boa parte desse desacordo é razoável, sendo certo que há preferências e opções na base das leis e do governo,[3] o mais adequado seria permitir (conceber) a abertura do sistema normativo-constitucional.

Nessa linha teórica, a Constituição não estaria a conter soluções definitivas *prima facie*. Este fechamento decisório seria inadmissível (e fictício). A processualidade da Constituição constituiria a própria essência desta, permitindo que diversos valores pudessem ser alcançados, desde que respeitado o rito processual previsto e consensuado, com observância dos mais diversos pontos de vista e da racionalidade do processo de discussão. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, ocorre "um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condiciona-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou 'desmaterialização' do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da "Lei Maior'." (Guerra Filho, 2000: 27).

3. Observa Sustein (1993: 164) que esta idéia de que o Governo tem de realizar preferências é relativamente nova, apesar de extraordinariamente influente.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION71 71 4/10/2007 14:38:47

Isso quer dizer que na concepção processual aqui apresentada, às normas da Constituição se reconhece uma dimensão processual (como é reconhecida a dimensão constitucional dos institutos processuais incorporados na Constituição de 1988). Em outras palavras, material e processual estão normativamente conjugados nesta concepção da Constituição.

Mas é preciso ter cuidado. As concepções processuais de Constituição não devem ser confundidas com as concepções meramente formais. A idéia de Constituição como o conjunto de dispositivos constantes do corpo jurídico identificado como Constituição é um conceito formalista de Constituição, totalmente distinto da concepção processual aqui apresentada.

Alguns autores consideram que a teoria processual da constituição depende fortemente do critério da proporcionalidade, e demanda uma forma de pensamento que está vocacionada para o concreto (cf. Guerra Filho, 2000: 19). De outra parte, contudo, é preciso considerar que a teoria processual da Constituição justifica a ausência da Justiça Constitucional do espaço de tomada das principais decisões e, para muitos, o critério da proporcionalidade permite à Justiça Constitucional apropriar-se desse espaço decisório central.

Como conseqüência desta teoria, admitem-se diversas interpretações no momento de concretizar a Constituição, por parte do Parlamento. A Constituição deixa de ser uma "ordem já estabelecida", para constituir-se numa ordem dinâmica, a ser construída, aberta às próprias variações sociais. Como estrutura não previamente concluída, a Justiça Constitucional deveria respeitar esses espaços de abertura como próprios do Legislador eleito democraticamente, interferindo apenas para assegurar as condições democráticas para a tomada dessas decisões pelos órgãos legitimados.

3. FIM DA DICOTOMIA *DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL – DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL?*

O relato da tese acima poderia levar à crença no fim da dicotomia tradicional entre Direito Processual Constitucional, de uma parte, e Direito Constitucional Processual, de outra. Na medida em que a própria Constituição seja considerada processual, em sua materialidade, a superação da dicotomia será inevitável.

Contudo, adotar a teoria processual da Constituição significa, em termos de teoria da Justiça Constitucional, assumir uma concepção limitada de atuação desta Justiça (tanto do controle abstrato-concentrado como do controle difuso-concreto), na medida em que a Constituição aberta seja tratada como Constituição-processo, cujas decisões materiais ainda não foram tomadas (e não poderiam ser tomadas num modelo meramente judicialiforme).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION72 72 4/10/2007 14:38:47

Desde essa perspectiva, legitima-se a concepção de que a Justiça Constitucional (no sentido amplo mencionado) deva atuar com exclusão dos âmbitos constitucionais materiais. As determinações deveriam ser feitas, conforme essa teoria, exclusivamente pela sociedade, diretamente ou por seus órgãos democrático-deliberativos. Portanto, a teoria processual da Constituição não significa uma superação da idéia de processo constitucional (objetivo), mas sim uma visão específica acerca da posição de papel da Justiça Constitucional nas sociedades atuais.

Compreendo que a Justiça Constitucional e especialmente os tribunais constitucionais devam realizar a importante função de concretização das normas constitucionais e desenvolvimento dos direitos fundamentais, que chamei de "interpretação desenvolvimentista da 'jurisdição constitucional das liberdades'" (cf. Tavares, 2005: 244-9), servindo-se, para tanto, de um processo (objetivo) devidamente estruturado e concebido a partir desses pressupostos funcionais próprios da Justiça Constitucional. Em países de economia periférica essa conclusão é reforçada, porque o delineamento e respeito das instituições democráticas dependem, ainda, fortemente, de uma atuação mais incisiva da Justiça Constitucional.

Considero inaceitável a compreensão do Direito como um conjunto de soluções cabalmente pré-concebidas, de "decisões voluntaristas preexistentes" (Müller, 2000: 44) e auto-evidentes (cf. Tavares, 2006: 61). "A concepção do 'direito' não 'pré-existe' ao acto de interpretar." (Queiroz, 2000: 18). Aliás, a própria idéia, pressuposta na metódica clássica, de "derivar" um imperativo concreto a partir exclusivamente de um imperativo abstrato é "uma questão teoreticamente muito intrincada" (Engisch, 1988: 28) e não pode ser acolhida sem grandes esforços e certos desvios científicos (cf. Tavares, 2006: 62). Partindo do pressuposto da abertura, nem por isso deve-se concluir pela contenção funcional da Justiça Constitucional. A incursão material desta a título de concretização constitucional integra a própria idéia de constitucionalismo.

Assim, é ainda imperiosa a referência a um "Direito processual constitucional", como o conjunto de normas que se ocupa com o modelo que assegura o cumprimento material da Constituição pela Justiça Constitucional (cf. Tavares, 1998: 111). Aqui se inclui o processo constitucional objetivo. Anota Baracho (1984: 126), ratificando o afirmado, que a análise do "Direito Processual Constitucional empreende o estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais." Nessa linha, o processo constitucional deve servir à *atuação* do Texto Constitucional, considerado em sua supremacia,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION73 73 4/10/2007 14:38:47

solucionando os problemas decorrentes da violação do postulado da constitucionalidade.[4]

Em termos amplos, o conceito deve viabilizar, instrumentalizando (metodizando), as diversas funções (da Justiça Constitucional) que serão desenvolvidas por meio desse processo. Assim, o Direito processual constitucional será constituído pelas *categorias processuais* relacionadas à realização das diversas funções fundamentais da Justiça Constitucional, e não qualquer garantia de normas ou diretos constitucionais (o que poderia ser encontrado na maioria das ações comuns). Destas funções sobressaem: o controle da constitucionalidade dos atos normativos em geral (difuso ou concentrado) e a resolução dos conflitos (atritos constitucionais) entre os "poderes" (função arbitral da Justiça Constitucional). O Direito Processual Constitucional consiste, pois, no conjunto das normas que disciplinam a tutela jurisdicional específica da supremacia de uma Constituição.

Kelsen é considerado seu verdadeiro fundador (cf. Zamudio, 1968: 16). Essa terminologia, contudo, merece alguns esclarecimentos conceituais.

No cotejo entre Direito processual constitucional e Justiça Constitucional, admite-se que o processo constitucional tem como finalidade o estudo dos instrumentos que garantem o cumprimento estrito e específico da Constituição. Portanto, atém-se apenas aos instrumentos existentes para propiciar o cumprimento e observância da Constituição (cf. Tavares, 1998: 110). A Justiça Constitucional designa *a própria atividade* e o órgão de proteção e aplicação da Constituição em todas as suas dimensões. Assim, o Direito processual constitucional preocupa-se com o *iter*, o caminho a ser trilhado pela Justiça Constitucional como atividade vocacionada ao objetivo maior de aplicar a Constituição.

Em outras palavras, o Direito processual constitucional é o segmento do Direito que se ocupa com o cumprimento das normas constitucionais relativamente aos mecanismos e instrumentos processuais específicos que asseguram esse cumprimento (cf. Tavares, 1998: 110).

A reflexão acerca dessas regras que compõem o Direito Processual Constitucional deve incorporar, necessariamente, a discussão sobre a posição institucional da própria Justiça Constitucional e a importância que o delineamento processual terá para a materialidade da Constituição. A construção do processo constitucional denominado objetivo não pode ser isenta de pré-compreensões e pré-definições. Nesse sentido, deve ser construído um *iter* processual que possa

4. Sobre o postulado da constitucionalidade: v. Tavares, 2007:576.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION74 74 4/10/2007 14:38:47

dar vazão às esperanças depositadas na Justiça Constitucional como promotora de valores sociais, como guardiã e como implementadora da Constituição. Não mais, portanto, um Tribunal Constitucional como mero defensor da Constituição "seca", numa postura de pseudo-neutralidade, mas como um de seus principais agentes implementadores, em toda extensão de sua materialidade.

O Direito Processual Constitucional abarca diversos itens, que devem ser compreendidos sempre a partir dessa concepção substantiva da Justiça Constitucional. Em primeiro, inclui o regramento referente aos métodos admissíveis de apresentação da inconstitucionalidade, os legitimados admitidos a questionar a legitimidade de atos normativos, ou seja, a forma de desencadeamento desse controle jurisdicional. Em segundo lugar, a competência para o desenvolvimento dessa atribuição, com a indicação dos órgãos ou órgão receptor da reclamação. Em terceiro lugar, debruça-se o Direito Processual Constitucional sobre as regras do método a ser seguido para alcançar-se a conclusão definitiva sobre a alegação inicial de ilegitimidade, o que inclui eventual defesa do ato impugnado, eventual "contraditório", produção de provas ou sua proibição, oitiva de órgãos responsáveis pela prática do ato questionado, realização de audiência pública, participação de interessados ou representantes da sociedade, regras para a tomada da decisão sobre a constitucionalidade do ato (como *quorum*, uniformização da fundamentação adotada, etc.) e efeitos dessa decisão.

O Direito Processual Constitucional também se aplica nos modelos de controle incidental (concreto, de matriz norte-americana), hipótese na qual, embora com desenvolvimento mais acanhado, deve buscar a regulamentação dessa tarefa específica, concebida como questão prejudicial no seio de um processo clássico.

Difere do processo constitucional o denominado Direito Constitucional Processual. Não se trata de um mero jogo de palavras, como lembra Belaunde (2001:9), ou de uma distinção artificial. O Direito Constitucional Processual se refere às disposições constitucionais que tratam de categorias concebidas, tradicionalmente, como próprias do processo. Registre-se, por oportuno, que as constituições do século XX consideraram que uma proclamação (também constitucional) de princípios do Direito processual era necessária (Couture, 1993: 151), realizando o que se convencionou chamar de Direito Constitucional Processual.

Este Direito Constitucional Processual concentra seu enfoque nas denominadas "garantias constitucionais". Estas garantias (dos direitos fundamentais) foram, tradicionalmente, classificadas em:

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION75 75 4/10/2007 14:38:47

a) Repressivas (ações/remédios), e;

b) Preventivas (princípios relativos às autoridades no contexto da limitação do Poder) (cf. Dimoulis, Martins, 2007: 74 e ss.).

A elas, contudo, devem ser acrescentadas as garantias de organização (cf. C. Schmitt e Schlink, *apud* Dimoulis, Martins, 2007: 74 e ss.), que incluem as:

a) Garantias de instituições privadas, e;

b) As garantias de instituições públicas.

Trata-se, aqui, da tese de que é imprescindível a existência e manutenção de entidades que assegurem o exercício dos direitos fundamentais declarados. Como exemplo, no campo da Constituição-Processo aqui analisada, tem-se a instituição da defensoria pública, que franqueia o acesso à Justiça, o direito de petição e, em última instância, direitos (inclusive fundamentais). Portanto, não se pode deixar de reconhecer que certas (não a totalidade delas, claro) garantias de organização apresentam caráter processual, integrando-se no denominado Direito Constitucional Processual.

A terminologia "Direito Processual Constitucional", que aqui interessa mais de perto, tem recebido aceitação doutrinária ampla (cf. Baracho, 1984: 126; Belaunde, 2001: 7-11; Canotilho, 1993: 1029; Domingo, 1980: 12; Guerra Filho, 1999: 15; Luther, 1990: 1 ss; Nery Junior, 1999: 201; Mezzanote, 1989: 63; Sagüés, 1992, v. 1: 5; Tavares, 1998: 110; Tavares, 2001: 265; Zagrebelsky, 1989: 105). Contudo, constata Zagrebelsky (1989: 105) que essa fórmula "não ingressou até agora no vocabulário jurídico utilizado habitualmente".

Considero que o Direito Processual Constitucional será responsável pelo estudo das categorias processuais relacionadas à realização das diversas categorias funcionais da Justiça Constitucional.[5]

A processualização desse Direito deve seguir a matriz geral, ou seja, esse processo atua na busca da realização do Direito material, vale dizer, no caso presente, do Direito Constitucional (Canotilho, 1993: 1029; Romboli, 1991: 41-54; Tavares, 2001: 266-7). Essa é, aliás, a idéia básica que fundamenta a própria

5. Guerra Filho (1999: 15) elenca como traço comum a todos os institutos inseridos no Direito processual constitucional o envolvimento inexorável, como "parte" desse processo, do Poder Público. Há quem utilize, contudo, a qualidade da pessoa que se apresenta em juízo como fundamento falar de um Direito Processual Público, o que bem demonstra a abertura desse critério que utiliza o sujeito como centro da distinção.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION76 76 4/10/2007 14:38:48

partição funcional anteriormente realizada. É na implementação constitucional e, portanto, em suas diversas vertentes que se deve construir a teoria funcional do Tribunal Constitucional. Assim, o processo constitucional que se presta justamente à realização dessas funções não poderia desviar-se dessa mesma diretriz. Isso significa, portanto, em síntese, que o Direito processual tem como missão ou finalidade servir à concretização do Direito dito substantivo, material. Em síntese, o Direito processual constitucional deve servir à *atuação* do Texto Constitucional. A composição específica do processo constitucional não deverá restringir ou manietar a realização das funções fundamentais da Justiça Constitucional. Eis aqui a contraposição possível entre Direito processual constitucional e Constituição-processual. Essa postura é facilmente compreendida a partir da teoria das funções do Tribunal Constitucional e sua conexão íntima com a "medida" do processo constitucional respectivo.

Parece inegável, portanto, que as preocupações e cuidados inerentes ao Direito Processual Constitucional distanciam-se firmemente das discussões presentes no processo comum (inclusive no Direito Constitucional Processual). O Direito processual constitucional implica uma série de regras autônomas em relação ao processo comum que, em parte, negam-lhe aplicação (cf. Canotilho, 1993: 1030; Tavares, 2001; 267-8).

4. EXISTÊNCIA E IMPORTÂNCIA DE UM PROCESSO "OBJETIVO" ADEQUADAMENTE CONSTRUÍDO

Para parcela da doutrina o Tribunal Constitucional exerce verdadeira função constitucional especial (Enterría, 1981: 198), e não uma jurisdição propriamente dita, ainda que objetiva. Para outros, a função seria inexoravelmente política. De uma maneira geral, as peculiaridades características de um Tribunal Constitucional devem marcar também o processo de sua atuação funcional.

Assim, por haver toda uma diversificação de procedimentos e regras, no que se refere ao padrão do processo comum, sua análise deve ser inserida no contexto da teoria da Justiça Constitucional.

A admissibilidade de um *processo judicial* que não servisse para a defesa de um direito subjetivo havia sido contemplada no fim do século XIX por Gneist (1879, *apud* Mendes, 1996: 45),[6] para quem a exigência de que houvesse dois sujeitos processuais em posições distintas, discutindo direitos subjetivos, contém uma *civilistische petitio principi*.

6. A referência completa é: GNEIST, Rudolf von. *Der Rechtstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutchland.* 2. ed. Berlin, 1879.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION77 77 4/10/2007 14:38:48

Costuma-se utilizar a expressão "processo objetivo" para destacar o distanciamento desse processo daquelas regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos de interesses, do tipo clássico (Cf. Saja, 1989: 3; Castro, 1992: 76; Cappelletti, 1976: 112-3; Tavares, 2001, 276), o que ocorre inclusive para o caso específico do Conselho Constitucional francês (Blachèr, 2001: 77; Jan, 2001: 25).

Observa Zagrebelsky (1989: 113) que há dominado uma "visão objetiva", da Justiça Constitucional, significando uma preocupação em garantir, prioritariamente, o respeito à Constituição. Nesse mesmo sentido se tem manifestado boa parte da doutrina (Cappelletti, 1976: 113; Luciani, 1991: 14; Tavares, 2001: 277). O objetivo é a certificação, manutenção e ratificação da supremacia constitucional contra todos os comportamentos, normativos ou não (embora sempre com certas restrições quanto ao objeto), que dela se desviem.

Compreende-se como fiscalização objetiva quando "à margem de tal ou tal interesse, tem em vista a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objectiva, quando o que avulta é a constante conformidade ou procura de conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as regras constitucionais" (Miranda, 1996, t. II: 313).

Mendes (1990: 251), com lastro na lição de Söhn, pondera que a "admissibilidade do controle de normas está vinculada, tão-somente, a uma necessidade pública de controle *(öffentliches Kontrollbedürfnis)"*. Segundo lição de Triepel (1929, apud Mendes, 1996: 197)7 "Quanto menos se falar de processo, de ação, de condenação e de cassação de atos estatais, mais fácil será a resolução, na via judicial, das questões políticas, que, ao mesmo tempo, são questões jurídicas". Diversos autores, nessa linha, questionam a própria terminologia processual clássica empregada no âmbito constitucional, por estar ligada a um critério individualista (cf. Castro, 1992: 76).

Chega-se a afirmar, nessa seara, que não há lide, entendida esta como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (cf. Clève, 2000: 142; Cappelletti, 1976: 117; Tavares, 1998: 132; Tavares, 2001: 278; Zagrebelsky, 1989: 114). É o entendimento da própria Corte Suprema do Brasil (S.T.F. 1993, Recl. 397).

Essas considerações poderiam levar à conclusão de que o processo, tal como conhecido, desapareceria nos trâmites perante a Justiça Constitucional, o que se-

7. A referência completa da obra é: TRIEPEL, Heinrich. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbaskeit.* VVDStRL 5, 1929.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION78 78 4/10/2007 14:38:48

ria um equívoco. O "núcleo essencial da jurisdicionalidade" (Cappelletti, 1989: 41) deve ser mantido.

Contudo, vale a advertência de Mezzanote (1989: 65) "Todas as categorias do processo constitucional permaneceram, em suma, fluidas e não foram capazes de criar um direito processual constitucional coerente com uma clara e unívoca inspiração de fundo". A construção de um processo constitucional a partir de uma "inspiração de fundo" é, como se viu, imprescindível. A dificuldade em manejar a definir certas categorias processuais do processo constitucional pode revelar, na realidade, uma certa imaturidade do sistema e da prática constitucionais de um país.

Nessa linha de considerações, Mezzanote vai sugerir uma mudança de paradigma, em suas palavras, uma diversa colocação científica do problema das categorias do processo constitucional, substituindo seu estudo comumente realizado à luz do Direito processual para passar a concebê-lo como acontecimento que resguarda o sistema de governo adotado. Na realidade, o que leva o autor a realizar esses apontamentos é sua particular posição acerca da Justiça Constitucional. Para Mezzanote "existe uma estreita relação entre a incerteza das categorias processuais no juízo de constitucionalidade e a incerteza da colocação da Corte constitucional na forma de governo" (Mezzanote, 1989: 65).

Realmente, a discussão acerca do processo objetivo deve ser consciente e revelar as opções filosóficas e conceituais acerca da Justiça Constitucional. Ou seja, o balizamento das regras desse processo deve alinhar-se à capacitação funcional plena do Tribunal. A presença, pois, de um processo distinto do "processo subjetivo" é inegável e merece um estudo autônomo. Contudo, as categorias processuais vacilantes não devem ser solucionadas atribuindo-se primazia ao aspecto governamental da Justiça Constitucional, nem mesmo negando-o. Como já apresentado anteriormente, o processo constitucional objetivo e suas categorias próprias devem refletir a totalidade das funções fundamentais da Justiça Constitucional e permitir uma atuação material da Justiça Constitucional. Esta "inspiração de fundo" parece, ainda, falecer na maioria dos sistemas existentes.

5. ELEMENTOS INDICADOS PARA O PROCESSO OBJETIVO

5.1. Apuração do âmbito concreto no processo abstrato

Como uma das diretrizes assinaladas para o processo objetivo tem-se, comumente, sua não-remissão a fatos ou, dito de outra forma, a inviabilidade do regresso aos fatos no curso do processo objetivo. Este estaria limitado a cotejar

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION79 79 4/10/2007 14:38:48

e comparar normas jurídicas, abstratamente falando, sem qualquer referência às circunstâncias fáticas e, muito menos, a direitos subjetivos ou eventuais interesses concretos que pudessem emergir do cotejo daquelas normas em abstrato (em tese).

Contudo, essa orientação merece algumas reconsiderações teóricas, e não pode ser adotada sem uma verificação pormenorizada de sua envergadura.

O afastamento da apreciação dos fatos tem-se tornado verdadeiro dogma do processo constitucional objetivo. Contudo, deve-se questionar referido entendimento, porque os fatos são objetivamente inafastáveis em certas verificações da constitucionalidade, ingressando como elementos necessários para se alcançar uma solução. Assim ocorre com a inconstitucionalidade formal, que demanda a apreciação da materialidade dos fatos (do processo legislativo) em relação à Constituição.

Mas não é só. Há uma comunicação inegável entre a norma jurídica e os fatos do mundo concreto (cf. Tavares, 2006: 58 e ss.). Não há controle de constitucionalidade sem prévia interpretação da Constituição, e esta contém a apreciação proveniente da realidade que circunda o próprio intérprete. A consideração dos fatos concretos está atada à consideração da norma, porque o pensamento jurídico não sobrevive sem a apreciação das hipóteses pressupostas ou adotadas pela norma (ou seu legislador).

Por fim, é preciso fazer referência, ainda, ao caso da chamada "prognose do legislador" e de sua avaliação pelos Tribunais Constitucionais, na qual há igual campo para o desenvolvimento de apreciação de fatos (Canotilho, 1993: 1030; Mendes, 1999: 515; Tavares, 2001: 278-80)

Na Justiça Constitucional brasileira, contudo, foi, por longo período, constante a referência à prescindibilidade de provas que não aquela exclusivamente documental.[8]

A negativa à admissão da produção probatória em sede de controle abstrato da constitucionalidade encontra-se ancorada, basicamente, na concepção (equivocada e já ultrapassada, de certo influxo positivista) de que a inconstitucionalidade é mero juízo teórico, abstrato, que se realiza entre duas normas, uma

8. "Em ação direta de inconstitucionalidade, a prova ou se manifesta clara, estreme de dúvida do simples confronto entre o texto de lei impugnado e o da Constituição, ou não é admitida a argüição" (S.T.F., 1988, Rep. 1480-1).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION80 80 4/10/2007 14:38:48

superior à outra, e em virtude do qual, dependendo da variação do resultado obtido dessa relação, chega-se à invalidade ou não da norma inferior.

Uma instrução probatória mínima pode ser admitida e, até, em certos casos, pode ser imprescindível para o deslinde adequado da questão constitucional suscitada, sob pena, inclusive, de inabilitar-se o Tribunal Constitucional para realizar o julgamento.

Portanto, a exclusão de referenciais fáticos do processo objetivo, como elemento explícito de uma suposta neutralidade deste processo e da Justiça Constitucional, não pode ser aceita. Significa, em realidade, uma falsa neutralidade, uma proposta de Justiça Constitucional manietada, que não atende à necessidade de uma Justiça Constitucional comprometida com a concretização jurisdicional da Constituição.

Aliás, a doutrina mais consistente com os referenciais do processo objetivo refuta a idéia de que este esteja inexoravelmente atrelado à vedação da análise dos fatos concretos (Bittencourt, 1997: 75-7; Mendes, 1999: 493-518; Canotilho, 1993: 1030; Sáchica, 1980: 67; Häberle, 1975: 12; Tavares, 2001: 279-80).9

5.2. Finalidades alcançadas pelo processo objetivo

Normalmente, as finalidades que se atribuem ao processo objetivo têm sido atreladas ao processo de controle das leis. Pressupondo que essa não é a única função a ser desenvolvida no âmbito da Justiça Constitucional, é necessária uma construção amplificada na identificação das finalidades do processo objetivo.

A finalidade mais ampla da Justiça Constitucional é a de curador da Constituição, ou seja, de promotor de sua defesa e de seu cumprimento.

No caso do controle da constitucionalidade e, de maneira geral, na denominada função estruturante, o Tribunal Constitucional, por meio do processo objetivo, alcança a finalidade de extirpar do ordenamento jurídico o ato normativo incongruente com a Constituição. Como decorrência dessa realização, há uma finalidade específica que tem sido apontada, especialmente a partir da doutrina alemã, que é o oferecimento de uma "segurança jurídica", pois as decisões dos

9. Se se considerarem as demais funções de um Tribunal Constitucional para além daquela de controle das leis, facilmente se constatará a necessidade da absorção de fatos nesse nível processual. Na função arbitral a consideração de ocorrências factuais é praticamente indispensável para um bom desempenho do Tribunal Constitucional, porque boa parte dos atritos pode surgir da atuação material de "poderes". Para o desenvolvimento das funções fundamentais do Tribunal Constitucional: v. Tavares, 2005: Parte II.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION81 81 4/10/2007 14:38:49

Tribunais Constitucionais revelam-se modelos de conduta do Poder Público, daí a relevância que assumem no Estado Constitucional as decisões acerca da legitimidade das leis (Mendes, 1996: 53; Tavares, 2001: 280).

Ora, a finalidade de proporcionar segurança e, mais do que isso, de revelar um modelo de conduta orgânico no Estado Constitucional é, sem dúvida, finalidade que se busca no processo objetivo que se desenvolve a partir de *qualquer das funções* elencadas para o Tribunal Constitucional.

Mas o processo constitucional objetivo deve permitir, como já indicado anteriormente, a realização, por parte da Justiça Constitucional, da materialidade constitucional em toda sua extensão. Isso significa que uma autoconteção (*self restraint*) não deve ser o critério delineador das regras do processo objetivo. A limitação máxima que se pode admitir (não sem interferências neste aspecto) é a exigência de provocação (proibição de uma atuação de ofício), própria do processo em geral.

5.3. Processo objetivo e falta de interesse concreto

É discutível a tese de que não se pode encontrar qualquer interesse subjetivo ou concreto em processos objetivos, considerados estes como processos constitucionais *puramente* abstratos.

No traçar as entidades legitimadas foram utilizados elementos subjetivos de escolha. Ou seja, em diversos segmentos próprios do processo objetivo encontram-se presentes elementos de conexão subjetiva ou concreta.

Observe-se, nesse sentido, que algumas funções próprias da Justiça Constitucional, como a arbitral (entre "poderes"), configuram, em certa medida, uma pré-modelagem para solucionar interesses antagônicos, ainda que se trate de interesses institucionais (como os atritos entre Judiciário e Executivo). Só se pode falar em interesses objetivos no sentido de não se referirem a interesses de sujeitos particulares. Mas a presença de interesses conflitantes é inquestionável, até porque forma a base da atribuição de boa parte da competência da Justiça Constitucional. Se não houvesse interesses em conflito, não haveria necessidade da atuação arbitral do Tribunal Constitucional. É no desempenho dessa função que se verifica enfaticamente a presença de interesses.

Em todas suas funções o Tribunal Constitucional é responsável por fazer atuar a Constituição, numa preocupação com o Direito em tese, o Direito objetivo, especialmente no seu dever de obediência à Constituição. É nesse sentido, pois, que se deve compreender a expressão "processo objetivo". Isso, contudo, como

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION82 82 4/10/2007 14:38:49

se viu, não significa uma postura de autocontenção e submissão aos demais "Poderes" por parte da Justiça Constitucional.

6. DIMENSIONAMENTO PROCESSUAL DO MODELO CONCRETO-DIFUSO DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

No modelo em que o Tribunal Constitucional é, concomitantemente, um tribunal supremo, que realiza no ápice o controle da constitucionalidade (difuso), é igualmente imprescindível reconhecer e aplicar certas particularidades na análise da questão constitucional. Essa atividade não poderá cingir-se à aplicação das técnicas processuais comuns, merecendo uma atuação mais acurada e comprometida com o status material da Constituição.

A abordagem que deve realizar-se pelo Tribunal de cúpula, na defesa e no cumprimento da Constituição, aproxima-o de um verdadeiro Tribunal Constitucional e, para tanto, impõe a obediência a certas especificidades, que não ocorreriam caso se tratasse, em sua integridade, de um processo comum, sem qualquer convergência constitucional.

Sustento que esses tribunais de convergência da estrutura judicial, órgãos de cúpula em termos de aplicação da Constituição, apresentam-se, desde uma perspectiva funcional, como verdadeiros tribunais constitucionais, e para eles valem as considerações realizadas até aqui.

É imprescindível, portanto, que o ordenamento constitucional, nessas hipóteses, estabeleça as distinções e particularidades a serem observadas por esse Tribunal. É o que ocorre, em parte, na Espanha, consoante o disposto no art. 55.2 da L.O.T.C. Na lição de Mieres (1998: 103-4)

> […] impõe-se que o incidente de constitucionalidade surgido em um recurso de amparo tenha dupla solução. De um lado, resolve-se em um juízo de constitucionalidade com efeitos limitados ao caso de amparo decidido... Por outro lado, o Tribunal está obrigado a iniciar de ofício um segundo processo cujo objeto exclusivo é a questão acerca da constitucionalidade da lei não aplicada, que tramita por procedimento próprio dos processos de constitucionalidade e concluirá com uma sentença com efeitos *erga omnes*.

Ocorre, aqui, tal como se dá no Brasil, uma aplicação, ainda que mitigada, de regras próprias de um Direito Processual Constitucional objetivo (tipicamente do controle abstrato). O grau de aplicação dessas regras variará conforme cada sistema, tendo sido, no Brasil, a partir de 1999, com a Lei n. 9.868/99, e a partir de 2006, com a súmula vinculante, fortemente ampliado.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION83 83 4/10/2007 14:38:49

A disciplina de ações constitucionais como a ação popular, o *habeas data*, e outras, quando fundamentadas em atos inconstitucionais, também deve ser incluída nesta discussão. Contudo, quanto a estas ações, reitero que o elemento distintivo não é a ação em si, ou sua raiz constitucional, mas sim a controvérsia sobre a constitucionalidade de certo ato, que é levada a conhecimento do Judiciário por meio de uma dessas garantias processuais.

Desde uma perspectiva teórica, é possível realizar uma "objetivização" do processo concreto de controle concreto da constitucionalidade das leis e mesmo de processos subjetivos envolvendo outras funções próprias do Tribunal Constitucional (cf. Tavares, 2007: 272-4).

Na dogmática comparada, é o que ocorreu a partir da Lei norte-americana de 24 de agosto de 1937, que conferiu ao Governo Federal o direito de intervir em qualquer ação entre particulares para apresentar provas ou argumentos, quando se tratasse de questão constitucional envolvendo ato do Congresso de interesse público. Mais ainda, a lei atribuía o poder ao Governo de apelar à Suprema Corte da decisão que, em tais processos, eventualmente reconhecesse a inconstitucionalidade da lei federal (cf. Kelsen, 1942: 312).

Essa mesma postura foi incorporada ao (complexo) processo civil brasileiro, especialmente a partir da edição da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, passando a constar do art. 482 do Código processual a possibilidade de que o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição e outros órgãos ou entidades representativos da matéria, poderão apresentar-se perante o Tribunal e atuar no processo (tipicamente concreto) com controle da constitucionalidade (lide subjetiva) no momento processual do denominado "incidente de inconstitucionalidade" (de matriz constitucional, cf. art. 97).

Essa, contudo, não é a única dimensão objetiva que tem sido verificada, no Brasil, nos processos tipicamente concretos com controle da constitucionalidade (incidenter tantum). Há diversas outras ocorrências, construídas pela legislação e pela jurisprudência e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Por isso tem se falado, cada vez mais e com maior consistência, daquela "objetivização" do processo (comum) típico (cf. Tavares, 2007: 272-5; Didier Jr, Cunha, 2007: 274-80). Utiliza-se, aqui, a idéia de "objetivização" justamente no sentido de converter um processo tipicamente subjetivo em processo com características e elementos inegavelmente "objetivos", por alcançado diretamente pelos efeitos das decisões proferidas nestes processos, o que não deixa de significar uma certa "integração" desses processos na categoria maior do processo objetivo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION84 84 4/10/2007 14:38:49

Um rol, ainda que não definitivo, que apenas forneça uma fotografia dessa situação, pode ser aqui oferecido:

a) Art. 482 do CPC, já mencionado acima;

b) Art. 518 e art. 557 do CPC, recentemente alterados, que criaram a súmula e a jurisprudência impeditiva de recursos, inclusive o de apelação, com julgamentos sumários para os processos subjetivos subjacentes a esses recursos, demonstrando a presença dos efeitos derivativos (transcendentes);

c) O § 5º do art. 14 da Lei n. 10.259/01, no que foi seguido pelo Regimento Interno do STF, em seu art. 321, § 5º, I, permitindo que seja concedida medida liminar em recurso extraordinário, pelo relator, para suspender os demais processos (subjetivos) nos quais se aprecie a mesma questão constitucional como causa de decidir, até o pronunciamento do STF sobre a matéria;

d) O art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei n. 11.277/06, que criou uma confusa hipótese de "sentença vinculante";

e) O art. 97 e o art. 52, X, da Constituição, que não deixam de ser curiosos mecanismos de aproximação dos modelos;

f) Criação da súmula vinculante, com a qual se construiu uma ponte definitiva entre o controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e o controle abstrato-concentrado;

g) Jurisprudência do STF, que pretende desempenhar um papel decisivo nesse contexto.

Quanto à jurisprudência, divulgou-se, com o julgamento do HC 82.959/SP (caso concreto), pelo STF, relacionado à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a idéia de que todos os juízes e tribunais deveriam seguir esse entendimento. Essa inclinação aparece ratificada no julgamento do HC 85.204-1, no qual se reforça o entendimento anteriormente expendido pelo STF (no HC 86.224-DF e no HC 85.677-SP), de que se admita "a possibilidade de julgamento monocrático de todos os *habeas corpus* que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos" (rel. Min. Gilmar Mendes). Essas decisões, com efeitos transcendentes ao caso concreto *sub judice*, tem precedente no famoso caso do número de vereadores (RE 197.917/SP). Ainda no contexto jurisprudencial, em sede de reclamação constitucional, o Min. Gilmar Mendes fez observar, quanto à regra do art. 52, inc. X, da Constituição, que "o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION85 85 4/10/2007 14:38:49

dever de publicação" (Recl. n. 4.335/AC, j. 01/02/2007, voto do Min. Gilmar Mendes, p. 55, destaques no original), o que permite falar em generalização dos efeitos produzidos em sede de recurso extraordinário. Por fim, ocorreu, no início de 2007, mais um fenômeno que denota essa objetivização de processos tipicamente subjetivos, quando se implementou o chamado "julgamento em bloco" de recursos extraordinários (analisado com maior detalhamento quando do estudo desse recurso).

Trata-se, evidentemente, de construir um modelo aproximado ao processo chamado objetivo, sempre que houver nítido interesse público, consubstanciado na questão constitucional envolvida na solução do problema. Cada vez mais, no âmbito do recurso extraordinário, transparece essa dimensão, confirmando-se a tese de que se trata de recurso excepcional que apenas secundariamente está vocacionado para fazer aplicar o direito a casos concretos (cf. Ilustração máxima desta ocorrência está nos reiterados posicionamentos do STF que, nos últimos tempos, têm sublinhado a importância objetiva, geral, não circunscrita, dos julgamentos do STF proferidos em recursos extraordinários (cf. Didier, Cunha, 2007: 275-280).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BELAUNDE, Domingo García. *Derecho Procesal Constitucional.* Bogotá: Temis, 2001.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.* 2. ed. Atualização: José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

BLACHÈR, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale.* Paris: PUF, 2001. (Collection Les Grandes Thèses du Droit Français).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà.* 3. ed. Milano: Giuffrè, 1976.

_____. 1989. Ver: CORTE COSTITUZIONALE.

CASTRO, José L. Cascajo; SENDRA, Vicente Gimeno. *El recurso de amparo.* 2. ed. 2. reimpr. Madrid: Tecnos, 1992. (Temas Clave de la Constitución Española).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.* 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORTE COSTITUZIONALE: *Giudizio "a quo" e Promovimento del Processo Costituzionale.* Milano: Giuffrè, Atti del Seminario Svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei Giorni 13 e 15 novembre 1989. 352 p. Bibliografia: 31-42 (Mauro Cappelletti), 63-69 (Carlo Mezzanote).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION86 86 4/10/2007 14:38:49

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil.* 3. ed. Reimpr. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O controle de constitucionalidade pelo supremo tribunal federal.* São Paulo: LTr, 1971.

DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: RT, 2007.

DOMINGO, Nicolas Gonzales-Deleito y. *Tribunales constitucionales. Organización y funcionamiento (los diversos recursos).* Madrid: Tecnos, 1980 (Manuales Universitarios Españoles, IX).

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

_____. *La idea de concretión em el derecho y em la ciencia jurídica actuales.* Granada: Ed. Comares, 2004 (tradução do original, 1953).

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional.* Madrid: Civitas, 1981: reimpressão de 1994.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* São Paulo: IBDC/CB Editor, 1999.

_____. *Teoria Processual da Constituição.* São Paulo: IBDC, 2000.

GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton Univ. Press, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.* Porto Alegre: SAFe, 1997 (tradução do original de 1975).

_____. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura.* Madrid: Tecnos, 2000 (tradução da segunda edição original, 1996).

JAN, Pascal. *Le procès constitutionnel.* Paris: L.G.D.J., 2001. (Collection Systèmes).

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito). Tradução de: La garantie jurisdictionelle de la Constitution [debate no Instituto Internacional de Direito Público], 1928b; Judicial review of legislation. A comparative study of the australian and american constitution, 1942.

LUCIANI, Massino. *In: Parlamento, Corte Costituzionale e Sviluppo della Forma di Governo in Italia.* 1991, Milano: Giuffrè, Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari, v. 2, 1991. 314 p. Bibliografia: 13-31.

LUTHER, Jörg. *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento.* Torino: G. Giappichelli, 1990 (Studi di Giustizia Costituzionale).

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* São Paulo: Saraiva, 1996.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION87 87 4/10/2007 14:38:50

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 2. ed. rev. ampl. São Paulo: IBDC/CB Editor, 1999.

MEZZANOTE, Carlo. *Processo Costituzionale e Forma di Governo.* 1989. Ver: Corte Costituzionale.

MIERES, Luis Javier Mieres. *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo).* Prólogo: Marc Carrillo. Madrid: Civitas, 1998 (Monografias Civitas).

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 3. ed. reimpr. [Coimbra]: Coimbra Editora, 1991. t. II: Constituição e inconstitucionalidade.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional* [tradução de Peter Naumann]. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal.* 6. ed. rev. ampl. atual. Com a Lei das interceptações telefônicas 9. 296/96, Lei da arbitragem 9.307/96 e a Lei dos recursos nos tribunais superiores 9.756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (Coleção Estudos de Direitos de Processo "Enrico Tullio Liebman", v. 21).

QUEIROZ, Cristina M. M. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional.* Coimbra: Coimbra, 2000.

ROMBOLI, Roberto. *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti.* Milano: Giuffrè, 1985 (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, 92).

SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos.* Bogotá: Temis Librería, 1980. (Coleção "Monografias Jurídicas", n. 5).

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario.* 3. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1992. t. 1.

SAJA, Francesco. *Introduzione ai lavori del seminario.* Ver: Corte Costituzionale.

SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution.* Cambridge/London: Harvard Univ. Press, 1993.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional.* São Paulo: IBDC, 1998.

_____. *Tratado da argüição de preceito fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. "Perfil constitucional do recurso extraordinário". *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. Bibliografia: p. 3-60.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional.* São Paulo: Método, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

VERDU, Pablo Lucas. *La Constitución Abierta y sus Enemigos.* Madrid: Beramar, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale* [S. l.]: Il Mulino, 1989. 532 p. 1. ed.: 1977.

ZAMUDIO, Héctor Fix. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional.* 1940-1965. [1. ed.]. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968 (Publicaciones del XXV Aniversario, n. 3-A).

CAPÍTULO IV

ALLEGAZIONE DEI FATTI E PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE NEL PROCESSO CIVILE

*Andrea Proto Pisani**

Sommario: 1. Premessa – 2. L'individuazione dei fatti principali – 3. Il momento ultimo della allegazione dei fatti principali – 4. I soggetti su iniziativa dei quali i fatti principali devono essere allegati – 5. I fatti secondari – 6. Il principio di non contestazione – 7. Limiti alla operatività del principio di non contestazione – 8. Osservazioni a Cass. S.U. 761/2002.

1. PREMESSA

Il tema del principio di non contestazione nel processo civile è tema estremamente delicato in quanto involge principi generali del processo tutti o quasi di non semplice e univoca soluzione.

Come è noto il nostro ordinamento conosce, in tema di prova, tre principi generali espliciti, il principio della disponibilità della prova (art. 115 c.p.c.), il principio della valutazione della prova secondo il prudente apprezzamento del giudice (art. 116 c.c.) e il principio dell'onere della prova (art. 2697 c.p.c.); accanto ad essi si è soliti enunciarne un quarto, tacito, dal fondamento incerto, il principio di non contestazione secondo cui nei processi relativi a diritti disponibili, i fatti non contestati non hanno bisogno di prova.

Prima di esaminare da vicino questo principio, occorre svolgere alcune premesse indispensabili relative alla determinazione dei fatti da provare, al momento ultimo della allegazione dei fatti nel processo, ai soggetti su iniziativa dei quali i fatti devono essere allegati, alla distinzione tra fatti principali e secondari.

2. L'INDIVIDUAZIONE DEI FATTI PRINCIPALI

La determinazione dei fatti da provare deve muovere necessariamente dalla individuazione ed interpretazione della norma, della fattispecie legale astratta sotto cui sussumere il diritto fatto valere dall'attore in giudizio.

(*) Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade de Florença – Itália.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION89 89 4/10/2007 14:38:50

Individuata ed interpretata la norma, suscettibili di prova saranno tutti i fatti che alla stregua della fattispecie legale astratta assurgono a rilievo:

a) Di fatti costitutivi, normalmente allegati al giudizio dall'attore e posti a fondamento del diritto fatto valere in giudizio (artt. 163, 3º comma, n. 4, 414, n. 4 c.p.c. e 2697, 1º comma, c.c.);

b) Di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, normalmente allegati al giudizio dal convenuto e posti a fondamento delle eccezioni (artt. 167, 416 c.p.c., 2697, 2ºcomma c.c.).

Questi fatti, immediatamente rilevanti, si chiamano fatti principali.

3. IL MOMENTO ULTIMO DELLA ALLEGAZIONE DEI FATTI PRINCIPALI

Quanto al momento ultimo della allegazione dei fatti principali mi sembra si possa dire che si debba avere riguardo:

a) Alla citazione e al ricorso per quanto concerne la indicazione dei fatti costitutivi indispensabili (nei c.d. diritti eterodeterminati) per la individuazione del diritto fatto valere in giudizio; è però da ricordare che il novellato quinto comma dell'art. 164 prevede un meccanismo di sanatoria (a mio avviso utilizzabile anche riguardo al ricorso nel processo del lavoro) in ipotesi di mancata indicazione dei fatti nell'atto di citazione, meccanismo destinato ad essere messo in moto d'ufficio nella prima udienza ex art. 180;

b) Quanto ai fatti posti a fondamento delle eccezioni, occorre in primo luogo distinguere a seconda che si sia alla presenza di eccezioni in senso stretto "che possono essere proposte soltanto dalla parte", o di eccezioni in senso lato "rilevabili d'ufficio"; solo riguardo alle eccezioni in senso stretto il nostro codice individua un termine di decadenza, termine individuato nel rito ordinario dall'art. 167, 2º comma, e nel rito del lavoro dall'art. 416, 2º comma, nella memoria difensiva. Sia nel rito ordinario sia nel rito del lavoro è da ritenere che l'ultimo termine utile per l'attore per replicare con controeccezioni in senso stretto (es. interruzione o sospensione della prescrizione) a eccezioni in senso stretto (es. prescrizione) sollevate dal convenuto è la prima udienza di trattazione (art. 183, 4º comma, prima parte) o di discussione ex art. 420;

c) Quanto al momento ultimo per allegare in giudizio i fatti impeditivi, modificativi, estintivi posti a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio, il legislatore tace, così che a mio avviso è da ritenere che tali fatti saranno allegabili

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION90 90 4/10/2007 14:38:50

in giudizio durante tutto il corso del giudizio di primo grado, ed anche per la prima volta in appello (salvo in tale ultimo caso la necessità per l'appellante di fare conto con la necessità di indicare i motivi specifici di impugnazione fondati su nuove eccezioni in senso lato nell'atto di appello:su tale delicatissimo argomento v., per lo stato della dottrina e della equivoca giurisprudenza, da ultimo la nota di richiami a App. Potenza 9 maggio 2002, *Foro it*., 2002, I, 2818 e Oriani, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, id, 2000, I, 127);

d) Quanto, infine, ai fatti costitutivi alternativi (di diritti c.d. autodeterminati), quanto all'attore saranno deducibili fino al momento ultimo per la modifica della domanda, e cioè in primo grado entro la prima udienza di trattazione ex art. 183, 4º comma, ultima parte (salvo la appendice scritta ex quinto comma) o di discussione ex art. 420, 1º comma, ultima parte. Per esigenze di parità di trattamento tra attore e convenuto, essi saranno deducibili dall'attore in appello e posti a fondamento di modificazioni ammissibili della domanda. Più incerto è se essi saranno deducibili nel corso ulteriore del giudizio di primo grado, certo essendo, mi sembra, che stante la loro operatività *ope legis* essi saranno rilevabili d'ufficio dal giudice in qualsiasi momento ove emergano dagli atti del processo (e salvo in ogni caso il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti su tale rilievo tempestivo o tardivo, e il diritto delle parti alla rimessione in termini ex art. 184-bis).

4. I SOGGETTI SU INIZIATIVA DEI QUALI I FATTI PRINCIPALI DEVONO ESSERE ALLEGATI

Quanto ai soggetti su iniziativa dei quali i fatti principali devono essere allegati, mi sembra che anche studi recenti (v. BUONCRISTIANI, **L'allegazione dei fatti nel processo civile, profili sistematici,** Torino, 2001) confermano la correttezza della opinione secondo cui:

a) I fatti costitutivi indispensabili per l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio (diritti c.d. eterodeterminati) siano allegabili al giudizio soltanto dall'attore, e ciò in forza del principio della domanda (art. 99) che riserva all'attore, e solo ad esso, l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio;

b) I fatti impeditivi, modificativi, estintivi posti a fondamento di eccezioni in senso stretto devono essere allegati al giudizio dal convenuto (o più esattamente la loro rilevanza giuridica è subordinata ad un atto di esercizio di potere esclusivo del convenuto);

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION91 91 4/10/2007 14:38:51

c) Gli altri fatti, e cioè i fatti costitutivi concorrenti (nei diritti c.d. autodeterminati) e i fatti impeditivi, modificativi, estintivi posti a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio possono emergere anche dagli atti del processo, cioè emergere da allegazioni della parte cui nuocciono, dall'interrogatorio libero, da documenti, testimonianze e altre risultanze istruttorie ivi comprese le consulenze tecniche; il tutto, ovviamente, sempre nel rispetto del principio generalissimo del divieto per il giudice di utilizzare il proprio sapere privato, e nel rispetto del dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti sul rilievo d'ufficio che effettui in ordine a tali fatti.

5. I FATTI SECONDARI

Come è noto la distinzione tra fatti principali e fatti secondari attiene alla circostanza che talvolta non si vuole e, soprattutto, non si può provare "direttamente" attraverso una fonte materiale di prova (ispezione,documento, dichiarazione di scienza) il singolo fatto principale ma questo può essere provato solo "indirettamente" tramite la intermediazione di un altro fatto (fonte di presunzione ex art. 2727 e 2729 c.c.), il fatto secondario di cui è acquisita la conoscenza al processo tramite una fonte materiale di prova.

I fatti secondari – tutti i fatti secondari anche se relativi a fatti costitutivi indispensabili per l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio, o relativi a fatti impeditivi, modificativi, estintivi posti a fondamento di eccezioni in senso stretto che possono essere proposti soltanto dalle parti – normalmente saranno allegati dalle parti ma ben possono emergere dagli atti del processo nei limiti e nelle forme ricordate *supra* 4 sub c.

6. IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE

Svolte queste premesse indispensabili, è ora da dire che solo i fatti, principali o secondari, rilevanti possono formare oggetto di prova, ma non tutti i fatti rilevanti hanno bisogno di prova.

Per la concreta determinazione del *thema probandum*, occorre fare riferimento ad un principio tacito, ma non per questo meno importante, in tema di prova: il principio di non contestazione.

Si tratta di un principio di diuturna applicazione nelle controversie civili, di importanza essenziale per non rendere impossibile o comunque eccessivamente difficile l'onere probatorio delle parti ed in ispecie dell'attore, per evitare il compimento di attività inutili e quindi realizzare esigenze di semplificazione e di economia processuale.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION92 92 4/10/2007 14:38:51

Ridotto all'essenziale il principio di non contestazione comporta che nei processi relativi a diritti disponibili i fatti non contestati sono posti fuori del *thema probandum*, non hanno bisogno di essere provati, devono, invece, essere considerati come esistenti dal giudice.

La non contestazione consiste in un comportamento omissivo della controparte; il carattere omissivo del comportamento rende particolarmente delicata l'individuazione da parte del giudice di quando un fatto sia effettivamente non contestato. Tradizionalmente si suole dire che la non contestazione va desunta dalla strategia difensiva complessiva della parte: così, ad esempio, la difesa di un convenuto che, a fronte di una domanda di adempimento del contratto, eccepisca l'annullamento, l'inadempimento della controparte, l'esistenza di un termine ecc., implicitamente, ma sicuramente, comporta la non contestazione del fatto costitutivo, contratto, allegato dall'attore; al contrario, sempre nello stesso esempio, il convenuto che si difenda eccependo la prescrizione, ma tacendo sul se il contratto è stato stipulato o no, pone in essere una strategia difensiva equivoca da cui non può desumersi con sicurezza la non contestazione del contratto. E' da ricordare che compito della fase preparatoria ed in ispecie dell'interrogatorio libero delle parti, reso obbligatorio dagli artt. 183 e 420, dovrebbe essere, fra l'altro, proprio la verifica di quali fatti siano effettivamente controversi e tendenzialmente favorire la presa di posizione esplicita di ciascuna delle parti sui fatti affermati dall'altra, anche allo scopo di trasformare il comportamento omissivo di non contestazione in ammissioni (cioè dichiarazioni) esplicite.

Altrove *(La nuova disciplina del processo civile,* Napoli, 1991, 158 ss., v. anche le mie *Lezioni di diritto proc. civ.,* 4 ed., Napoli, 2002, 108 ss.) ho cercato di porre in evidenza come, a seguito del sistema di preclusioni introdotto dalla novella 353/1990 e della distinzione tra fase preparatoria e fase istruttoria, si debba escludere che nel rito ordinario relativo a diritti disponibili siano ammissibili contestazioni tardive (successive alla conclusione della fase preparatoria), ove non giustificate ai sensi dell'art. 184-bis relativo alla rimessione in termini. Senza ripetere quanto in quella sede osservato, qui si può sottolineare come in processo deconcentrato, senza distinzione tra fase preparatoria e fase istruttoria e privo di poteri direttivi attribuiti al giudice, viene esaltata la provvisorietà della non contestazione (ciò che non è contestato in un momento lo può divenire in un momento successivo) nonché la scarsa forza della sua inferenza probatoria; in un processo, invece, scandito da preclusioni, dalla distinzione tra fase preparatoria e fase istruttoria e da poteri direttivi attribuiti al giudice (specie tramite l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero), la non contestazione tende a divenire definitiva, e la sua inferenza probatoria aumenta non solo perché

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION93 93 4/10/2007 14:38:51

normalmente si trasforma in ammissione (dichiarazione e non più comportamento), ma anche perché si inserisce in un sistema difensivo tendenzialmente completo e controllato dal giudice in sede di interrogatorio libero.

Una visione realistica delle cose mi induce a ritenere oggi che lo stesso debba valere nel processo del lavoro (nel quale pure le parti sono onerate della indicazione dei mezzi di prova prima di conoscere l'atteggiamento di contestazione o non contestazione della controparte).

E' inoltre da osservare che di recente Costanzo Cea (in **Foro it.** 2002, I, 2029), ha osservato che "la contestazione tardiva (vale a dire la contestazione successiva di un fatto originariamente incontestato), in quanto comportamento che può provenire esclusivamente dalla parte (che inizialmente non aveva contestato), può essere assimilata alla eccezione in senso stretto: conseguentemente, in considerazione di quanto previsto dagli artt. 345, 2º comma, e 437, 2º comma, c.p.c., la contestazione successiva di fatti rimasti incontestati nel giudizio di primo grado deve ritenersi inammissibile in appello, sia nel processo del lavoro che nel rito ordinario (salve, ovviamente, le ipotesi di rimessione in termini ex art. 184-*bis* c.p.c.)". Il rilievo mi sembra di non poco momento soprattutto perché idoneo ad escludere l'ammissibilità di contestazioni tardive in appello.

7. LIMITI ALLA OPERATIVITÀ DEL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE

Il principio di non contestazione non è, però, principio di universale applicazione.

Esso non opera:

a) Nei processi relativi a diritti indisponibili: in processi di tale specie (salva la necessità di ripensare quali aspetti della fattispecie sono soggetti a indisponibilità) il legislatore vuole impedire che le parti attraverso loro contegni processuali o dichiarazioni (v. l'art. 2733, 2º comma, c.c., che esclude l'efficacia di prova legale della confessione resa su fatti relativi a diritti indisponibili; v. anche l'art. 2739, 1º comma, c.c.) possano vincolare il giudice, ed in tal modo ottenere tramite sentenza ciò che non potrebbero ottenere tramite l'autonomia privata. Ne segue che nei processi relativi a diritti indisponibili il fatto non contestato o anche ammesso non è posto fuori del *thema probandum*. Questo non significa però che nei processi relativi a diritti indisponibili la non contestazione o la ammissione non abbiano rilievo sul piano probatorio; ed infatti aa) la non contestazione opera come contegno processuale, cioè come fatto secondario di origine processuale di cui il giudice ha immediata percezione e da cui (se del caso in concorso con altri fatti secondari) può

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION94 94 4/10/2007 14:38:51

desumere l'esistenza del fatto ignoto non contestato; al riguardo è da notare come nei processi relativi a diritti indisponibili caratterizzati in astratto e/o in concreto da un basso tenore di conflittualità (es. giudizio di nullità del matrimonio) l'inferenza probatoria del fatto non contestazione è minima, laddove invece nei processi sempre relativi a diritti indisponibili, ma caratterizzati da alta conflittualità delle parti appartenenti a classi o ceti contrapposti (si pensi alle controversie previdenziali), l'inferenza probatoria del fatto non contestazione è altissima; bb) l'ammissione è una dichiarazione di scienza (cioè una fonte materiale di prova) della parte di fatti sfavorevoli al proprio interesse e favorevoli all'interesse dell'avversario, sottoposta, a differenza della confessione, al prudente apprezzamento del giudice (v. se vuoi, le mie **Lezioni** cit., 421).

b) In ordine ai contratti per cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam* e ciò probabilmente stante sia il potere attribuito al giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto (art. 1421), sia il divieto assoluto di provare con testimoni tali contratti ove il contraente non abbia perduto senza sua colpa il documento (artt. 2725, 2º comma, 2724 n. 3);

c) In ordine ai processi contumaciali: e ciò perché la contumacia del convenuto nel nostro ordinamento è un comportamento neutro, che non ha valore di *ficta confessio (*ma v. in senso contrario l'analisi svolta da Carratta, **Il principio della non contestazione nel processo civile,** Milano, 1995);

d) Nei processi in cui sia intervenuto il pubblico ministero, sia stato sperimentato o provocato intervento (volontario ex art. 105 o coatto ex art. 106 o 107) del terzo titolare del diritto dipendente o contitolare dello stesso diritto od obbligo oggetto del processo: e ciò perché questi strumenti sono tutti funzionali quanto meno rendere effettivo il contraddittorio; è pacifico che in tali ipotesi la non contestazione anche del pubblico ministero o del terzo può avere inferenza probatoria anche elevata alla stessa stregua di quanto già detto *supra sub* a.

8. OSSERVAZIONI A CASS. S.U. 761/2002

Sul tema della non contestazione è intervenuta, con la forza logica di uno dei suoi migliori giudici, Cass. S.U. 761/2002 (*in* **Foro it.** 2002, I, 2019 con nota di C. CEA).

Invero le Sezioni unite erano state investite unicamente per risolvere il contrasto in ordine al se la non contestazione dell'*an* di un determinato credito comportasse o no contestazione implicita anche del *quantum*. Per rispondere a

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION95 95 4/10/2007 14:38:51

tale quesito le Sezioni unite hanno innanzi tutto rilevato che la non contestazione come comportamento processualmente rilevante e vincolante per il giudice concerne solo i fatti e non l'applicazione di norme giuridiche (e il rilievo è di notevole importanza ai fini della interpretazione di numerose disposizioni di legge: si pensi agli artt. 186-bis, 423, 1º comma, 663 c.p.c.); poi hanno risolto il contrasto affermando che la non contestazione dell'*an* implica non contestazione anche del *quantum* solo ove questo sia incompatibile con l'*an*, altrimenti vi è onere di contestazione specifica anche del *quantum* (e esemplificatamente è stato richiamato il caso in cui il convenuto si difende dalla pretesa di pagamento di compensi per lavoro straordinario limitandosi a contestare la natura subordinata del rapporto di lavoro: il che non esclude la sussistenza di prestazioni lavorative della durata giornaliera indicata dall'attore ai fini del conteggio analitico delle sue spettanze).

Risolto in tal modo il contrasto di giurisprudenza, e la questione specifica su cui era chiamata a pronunciarsi, la sentenza prosegue (in un palese *obiter dictum*) soffermandosi ed affrontando di petto il tema generale del principio di non contestazione.

Rinviando alla nota di Cea per un esame puntuale di tale comunque importante decisione, in questa sede vorrei accennare ai presupposti su cui le Sezioni unite fondano l'affermazione secondo cui la non contestazione vincola il giudice a ritenere esistenti i fatti principali non contestati (e la contestazione tardiva sarà possibile solo nei limiti consentiti dall'art. 184-bis).

Se non vado errato i presupposti di tale conclusione (pienamente condivisibile riguardo ai processi relativi a diritti disponibili) sono i seguenti: a) la allegazione dei fatti principali rientra nella disponibilità, nell'autonomia della parte; b) di conseguenza anche la non contestazione, in quanto espressione della stessa autonomia, vincola il giudice. Ancora la allegazione dei fatti secondari non rientra nella disponibilità della parte e di conseguenza non vincola il giudice ma è un contegno processuale soggetto alla valutazione del giudice ex art. 116, 2º comma, c.p.c. e 2729 c.c..

I rilievi svolti *supra* 3-5 individuano, mi sembra con sufficiente chiarezza, i motivi del mio dissenso dalle argomentazioni su cui le Sezioni unite hanno ritenuto di fondare la conclusione sulla rilevanza della non contestazione dei fatti principali e dalle conclusioni cui le stesse Sezioni unite pervengono in tema di distinzione tra fatti principali e fatti secondari.

La allegazione dei fatti principali (non indispensabili per la individuazione del diritto fatto valere in giudizio, o non posti a fondamento di eccezioni in senso

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION96 96 4/10/2007 14:38:52

stretto "che possono essere proposte soltanto dalle parti") non è espressione della autonomia sostanziale, ma è solo un problema di tecnica processuale, di modello di processo concretamente adottato (queste le conclusioni cui perviene anche il recente studio monografico di Buoncristiani, **L'allegazione dei fatti nel processo civile,** cit, specie parte I): ne segue che i fatti, fermo il superiore principio del divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice, possono emergere anche dagli atti del processo nel senso precisato *supra* 4. Ne segue che il valore della non contestazione non può essere dedotto dal principio della autonomia privata (questa è anche la conclusione di Carratta, **Il principio della non contestazione nel processo civile,** passim, e 259 ss.).

Ne segue, ancora, che la distinzione tra valore della non contestazione dei fatti principali e valore della non contestazione dei fatti secondari non regge: la non contestazione opera allo stesso modo sia riguardo ai fatti principali che riguardo ai fatti secondari (è la conclusione cui, forse inavvertitamente, è pervenuta Cass. 17 aprile 2002, n. 5526, **Foro it.,** 2002, I, 2017). La non contestazione è sempre la stessa cosa: contegno processuale valutato diversamente a seconda che il processo sia relativo a diritti disponibili o a diritti indisponibili.

Si può quindi concludere rilevando la necessità di trovare il fondamento del valore della non contestazione nei processi relativi a diritti disponibili, in fattori diversi dalla autonomia privata: in superiori esigenze di semplificazione del processo e di economia processuale, o anche, se si vuole, nella responsabilità o autoresponsabilità delle parti nella allegazione dei fatti di causa (così da ultimo Carratta, op. cit., 262 ss.) di cui sarebbero espressione gli artt. 167, 1º comma, e 416, 3º comma, laddove prevedono che il convenuto nel suo primo atto difensivo debba prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda (ma invero il principio di non contestazione esisteva ed operava ben prima della introduzione nel nostro ordinamento di queste due disposizioni: v. per tutti Andrioli, voce "Prova" (dir. proc. civ.), *Novissimo digesto,* vol XIV, Torino 1967, 274 ss., nonché le sempre attuali pagine di Carnelutti, *La prova civile,* Roma 1915, 16 ss.).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION97 97 4/10/2007 14:38:52

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION98 98 4/10/2007 14:38:52

CAPÍTULO V

IMPARCIALIDADE E IMPARTIALIDADE. POR UMA TEORIA SOBRE REPARTIÇÃO E INCOMPATIBILIDADE DE FUNÇÕES NOS PROCESSOS CIVIL E PENAL

Antônio do Passo Cabral*

Sumário: 1. Colocação do pseudo-problema: ainda uma vez a repartição de funções processuais e o temor da parcialidade – 2. Imparcialidade *versus* Impartialidade: 2.1. Imparcialidade: o requisito anímico; 2.2. A repartição funcional no processo; 2.3. Impartialidade: adequação e incompatibilidade de funções; 2.4. Conseqüências do vício do desrespeito à imparcialidade e à impartialidade; 2.5. Justificativa normativa para ambas as noções; 2.6. Da inexistência de relação de causa e efeito entre os dois conceitos – 3. Equilíbrio e contenção democrática de poder: repercussões em diversos institutos processuais – 4. O retorno às indagações iniciais: 4.1. O papel do juiz na instrução probatória civil: protagonista ou coadjuvante?; 4.2. A verdadeira justificativa do modelo acusatório e o falso dogma no Processo Penal – 5. Conclusão: por uma teoria da adequação e incompatibilidade de funções – 6. Bibliografia.

1. COLOCAÇÃO DO PSEUDO-PROBLEMA: AINDA UMA VEZ A REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES PROCESSUAIS E O TEMOR DA PARCIALIDADE

O tema que nos propusemos a tratar no presente estudo – funções das personagens do processo – foi objeto de discussões centenárias, tem implicações diretas em inúmeros institutos e gera muitas outras celeumas decorrentes das premissas que neste ponto se assentem. Tentaremos, portanto, ainda que circunscritos por rigorosos limites de tempo e espaço, lidar com o cerne do problema, que surge na doutrina e jurisprudência pátrias a partir do que pensamos ser uma questão colocada, com todas as vênias, absolutamente fora de fóco.

O debate sobre o desempenho de funções processuais e a potencial parcialidade do sujeito delas incumbido provém de considerações acerca do eventual comprometimento, resultante diretamente do exercício funcional, da imparcialidade que deveria inspirar o seu atuar.

No que se refere ao juiz, o mais importante sujeito do processo, rios de tinta já foram derramados para tentar disciplinar, doutrinariamente, o exercício da

(*) Professor de Direito Processual Civil da UERJ, Mestre em Direito Público pela UERJ, Procurador da República e Ex-Juiz Federal.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION99 99 4/10/2007 14:38:52

função judicante, conciliando a escorreita atuação do julgador com a preservação de sua imparcialidade. Neste sentido, povoa as páginas das obras especializadas o debate sobre o papel do magistrado na instrução probatória, sobretudo a produção de prova *ex officio* no Processo Civil, atividade que poderia ser dissonante da sistemática desta fase do procedimento, em que sempre reinou o princípio dispositivo, que determinaria uma postura passiva do juiz. Dentro da concepção clássica, o magistrado, no Processo Civil, não poderia ter grandes iniciativas na esfera probatória, sob pena de viciar sua imparcialidade, aproximando-se dos interesses materiais em jogo e desrespeitando a disponibilidade da relação jurídica discutida.

Por outro lado, não é estranho ao estudioso do direito processual o dilema imparcialidade-exercício funcional no Processo Penal. Além da questão da iniciativa probatória do juiz, que aqui também se coloca, ainda que sob outra perspectiva, outros temas são de referência constante. Primeiramente, é comum a justificativa da adoção do modelo acusatório no Processo Penal através da busca por preservar a imparcialidade do juiz, que, caso fosse imbuído das funções de acusar e julgar simultaneamente, seria automaticamente parcial. O magistrado que estivesse ligado à formulação da peça acusatória teria, necessariamente, comprometimento com a condenação do acusado. O sistema acusatório, portanto, teria sido forjado para preservar a imparcialidade, suprimindo a função de acusar do órgão judicante, atribuindo-a a outro órgão do Estado, o Ministério Público.

Ainda no Processo Penal, é recorrente o debate sobre a natureza do Ministério Público, este ente imaginado para evitar que o magistrado acusasse e julgasse ao mesmo tempo, que figuraria na posição formal de parte no processo, mas que teria, como dever, a vinculação à lei, a fiel observância do direito objetivo, com o necessário distanciamento dos interesses em disputa. Porém, se os conceitos clássicos de parte mencionam a pretensão, o interesse material, o direito subjetivo discutido, como imaginar o MP, portanto, ao mesmo tempo como parte e sujeito imparcial?

A *vexata quaestio* da parcialidade e do tema de repartição funcional também é encontradiça no processo administrativo em geral e no processo administrativo tributário. O Estado, interessado direto na tributação e na manutenção do lançamento, interessado na sanção a servidores infratores, é também o julgador do conflito na esfera administrativa, devendo, ao menos em tese, proceder ao julgamento com total imparcialidade, na aplicação estreita da norma correicional ou tributária.

Pensamos que a questão da imparcialidade não tem correlação *necessária* com o exercício de determinada função processual. Para desenvolver tal premissa, teceremos, logo em seguida, considerações acerca das diferenças entre a

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION100 100 4/10/2007 14:38:52

imparcialidade e a chamada impartialidade. Posteriormente, por impossibilidade de retornarmos a todas essas questões apresentadas inicialmente, examinaremos a questão da função do juiz na instrução probatória civil e a verdadeira justificativa do sistema acusatório no Processo Penal.

2. IMPARCIALIDADE *VERSUS* IMPARTIALIDADE

2.1. Imparcialidade: o requisito anímico

Colocada a premissa de que não há relação necessária entre imparcialidade e o desempenho de determinada função, pensamos que a análise do problema passa pela separação de dois fenômenos diversos: a repartição de funções processuais e a questão anímica pertinente às pessoas delas incumbidas.

Mais conhecido e difundido, até mesmo em termos normativos no plano nacional e internacional,[1] o termo imparcialidade está intimamente ligado à isenção de ânimo para o julgamento, o afastamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa: imparcialidade, portanto, é *alheação*,[2] indiferença à vitória de um ou outro.[3] A imparcialidade exigida de certas figuras processuais reclama uma ausência de comprometimento senão por razões estritamente decorrentes das previsões do ordenamento. Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder, para que a solução justa/legal seja aquela pronunciada. Neste sentido, imparcialidade é sinônimo de neutralidade,[4]

1. Previsto em alguns dos mais importantes tratados internacionais de direitos humanos, como se vê no art. 8º do Pacto de San José (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) e no art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos. Recente projeto da *UNIDROIT* e do *American Law Institute* procurou consagrar princípios processuais universais, resultando nos chamados *Principles of Transnational Civil Procedure*, trabalho que transcorreu sob a supervisão dos Profs. Michele Taruffo, Geoffrey Hazard Jr., Rolf Stürner e Antonio Gidi, e que contaram com a participação de centenas de juristas dos cinco continentes. Há menção expressa à imparcialidade no princípio de número 1, especialmente os itens de número 1.1 e 1.3. O texto integral dos princípios pode ser obtido no site http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm, acessado em 15.01.2007.
2. Alguns autores italianos utilizam a palavra *alienità,* que poderia ser traduzida por alienação, alheação. Preferimos este segundo termo para evitar confusão semântica. Como se verá adiante, o juiz não deve ser um "alienado", devendo estar comprometido com a decisão justa, correta.
3. GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo: o processo justo, *in: Revista Jurídica,* n. 305, março de 2003, p.65.
4. ZEGARRA**,** Fernando Ugaz. El principio de imparcialidad y el Ministério Público, artigo disponível em http://www.bibliotecal.org.pe/foro2/principio%20de%20imparcialidad.htm, acessado em 15.01.2007, p.3, *in verbis:* "A este efecto, debe tenerse en cuenta que, como dice Werner Goldschmidt, la imparcialidad no significa el no ser parte. La imparcialidad es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente. La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador o de cualquier ente público. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION101 101 4/10/2007 14:38:52

que impõe um "mandado de distanciamento" (*Distanzgebot*) para certas figuras, como o magistrado.[5]

Trata-se de um estado de espírito pertinente à convicção de uma pessoa específica: o juiz, o membro do MP, o perito, o jurado, etc. Transitamos na efera psíquica do ser humano que personifica o Estado (Estado-juiz, Estado-acusação, etc). A imparcialidade reflete, portanto, uma *virtude*.[6] É subjetiva, tendo relação direta com uma análise do psiquismo dos sujeitos processuais que têm dever de manter este peculiar estado anímico,[7] sob pena de viciar a relação processual com a falta de um pressuposto processual de validade, que pode gerar a nulidade dos atos praticados.[8] Tanto existe esta referência pessoal no âmbito da imparcialidade que as hipóteses de impedimento e suspeição de determinados sujeitos processuais recaem sobre o indivíduo, sobre o agente público e não sobre o órgão público.[9]

Assim ocorre, por exempo, com a imparcialidade do juiz: deve ele tratar os demandantes de forma impessoal,[10] alheio aos interesses controversos, descompromissado com a vitória de uma ou outra parte, o que é estampado em brocardo secular do direito romano: *nemo iudex in causa sua*.[11] Não significa, entretanto,

5. REISCHL, Klaus. Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu §139 Abs.1 ZPO, *in: Zeitschrift für Zivilprozeß,* 116. Band, Heft 1, 2003*,* p.105, afirma que o dever de neutralidade decorrente da regra de distanciamento é um dever autoregulativo – o juiz protege-se dele próprio: "Ist der Richter auf die Interpretation und Klarstellung mehrdeutigen Verhaltens, die Einpassung des Parteiwillens in prozeßadäquate Formen sowie die Information der Parteien über den richterlichen Meinungsstand beschränkt, kann man das Distanzgebot als ein Selbstregulativ betrachten, das den Richter davor bewahren er sich sozusagen vor sich selbst, um nicht einer Rollenidentifikation zu verfallen, die ihn bei der Fällung eines objektiven Urteils beeinträchtigt"; RIEDEL, *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters – Befangenheit und Parteilichkeit – im deutschen Verfassungs – und Verfahrensrecht.* Belim, 1980, p.13, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Reflexões sobre a imparcialidade do juiz", *in: Temas de Direito Processual – 7ª Série*. São Paulo: Saraiva*,* 2001, p.31.
6. GUINCHARD, Serge e BUISSON, Jacques. *Procédure pénale.* Paris: Éditions Litec, 2 ed., 2002, p.349-351.
7. GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais..., Op.cit.,* p.65-66.
8. BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen.* Aalen: 1969, Reedição da original (publicada em Giessen, 1868), p.5, 13 e 247-249. BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts.* Leipzig: Duncker & Humblot, 5 ed., 1904, p.88; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* Belo Horizonte: Del Rey*,* 3 ed., 2004, p.97.
9. NERY JR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural: opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado*, in:* MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão.* São Paulo: RT, 2005, p.176-177; SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht.* Zürich: Schulthess, 4 ed., 2004, p.47 nota 125; COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. "El derecho a un juez imparcial", disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=520, acessado em 15.01.2007, p.3.
10. GÁSPÁRDY, László. "Le relazioni tra le parti, i giudici e gli avvocati nel processo civile ungherese", *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LVII, n. 4, outubro-dezembro, 2003, p.1102.
11. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Montevideo: Editorial B de F, 4 ed., 2005*,* p.399: "Nadie puede ser juez en causa propria. Todo juicio supone una razón idónea. La razón se tuerce frente a aquellas circunstancias que, como el interés o el amor proprio, son frecuentemente más

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION102 102 4/10/2007 14:38:53

que o juízo deva ser totalmente descomprissado: o magistrado deve ter a responsabilidade com a decisão correta, dando razão à parte que deve, segundo o ordenamento jurídico, sagrar-se vencedora.[12]

Embora por vezes situada como componente dos princípios do devido processo legal ou do juiz natural, a justificativa processual para a preservação da imparcialidade do juiz ou do membro do MP é a cláusula do Estado de Direito,[13] o Estado que edita as normas mas a elas se vincula. Em um Estado de Direito, as decisões devem refletir o império da lei (*rule of law*), e não serem fruto do arbítrio judicial, do decisionismo parcial de uma pessoa, que transfere, à solução do caso, seus interesses, paixões e preferências pessoais. Há, portanto, um direito das partes de discutir a parcialidade do juiz para preservar a higidez da decisão a ser proferida.[14]

Como transitamos no campo do subjetivismo, as considerações sobre a imparcialidade nada dizem respeito ao exercício de uma função processual, sede em que devemos, com maior propriedade, trabalhar com noção de *imparcialidade*, não muito comentada no Brasil e também em parte negligenciada no exterior.[15] Dentre os ordenamentos do direito comparado mais próximos da legislação brasileira, foi na Itália que, nos últimos tempos, o presente debate trouxe repercussões doutrinárias mais interessantes. Isso porque foi alterado o art.111 da Constituição italiana, sede das garantias do "processo justo", previdente hoje do direito a um "*giudice terzo e imparziale*". Muito discutiu a doutrina se haveria diversidade nos dois conceitos, ou se a *terzietà* do juiz (a questão funcional)

---

fuertes que el proprio sentimiento del deber. Juzgar bajo la presión de esos sentimientos es juzgar sin razón, o bajo el imperio de fuerzas más poderosas que la razón. El juicio en causa propria puede ser un juicio cierto. Pero el derecho, por tradición inmemorial, no quiere que se emita ese juicio, ni aunque sea cierto"; HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht.* Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2 ed., 1990, p.44.

12. ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no Processo Civil, *in: Revista Forense,* outubro de 1940, p.3; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões sobre a imparcialidade..., Op.cit.,* p.29-30.
13. Assim, JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht.* München: C.H.Beck Verlag, 28 ed., 2003, p.31; THIELE, Carmen. "Der Menschenrechtsschutz in den GUS-Staaten", *in Osteuropa Recht,* 47. Jahrgang, Heft 4-5, Out., 2002, p.314. Alguns autores justificam a exigência de imparcialidade em outras garantias, como o contraditório, o devido processo legal ou o juiz natural. Assim, NERY JR., Nelson, *Op.cit.,* p.175; SCHMID, Niklaus. *Op.cit.,* p.40; COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. *Op.cit.,* p.1; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op.cit.,* p.291-292; HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess – und... Op.cit.,* p.40.
14. COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. *Op.cit.,* p.4, identifica violação a este direito o modelo, conhecido e adotado em alguns países da América Latina, dos "juízes sem rosto", haja vista não ser respeitado o direito das partes de seu *day in court*, de serem trazidas à presença do magistrado, de poderem ver sua fisionomia, até mesmo para argüirem, se for o caso, a suspeição ou impedimento.
15. ZEGARRA, Fernando Ugaz. *Op.cit.,* p.3, onde se lê "Pese a la estrecha relación psicológica entre ser parte y ser parcial, en la organización positiva del proceso la "partialidad" y la parcialidad no aparecen netamente diferenciadas".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION103 103 4/10/2007 14:38:53

poderia ser subsumida aos conceitos de imparcialidade ou independência.[16] Vejamos um pouco esse debate.

2.2. A repartição funcional no processo

Com efeito, é lugar comum no Brasil e em outros ordenamentos jurídico-processuais uma corriqueira divisão de trabalho entre os sujeitos do processo.[17] As tarefas são atribuídas de acordo com diversas finalidades pretendidas pela norma, sendo que determinadas funções são cometidas às partes, outras ao magistrado, outras a ambos, algumas a terceiros ou órgãos estatais alheios ao processo (órgãos de registro, por exemplo).

Sobre o prisma teleológico, não é possível, na atualidade, imaginarmos funções totalmente egoístas (dirigidas apenas às finalidades de um sujeito).[18] Em verdade, predominam as funções que poderíamos denominar de *convergentes* (atribuídas a sujeitos diversos mas com finalidades que se tangenciam), o que ocorre naturalmente em um ambiente colaborativo como é o processo concebido na atualidade, regido por princípios de boa-fé processual,[19] em que cada personagem interage com as demais no claro objetivo do ordenamento de instaurar um ambiente dialético e de cooperação.[20] O procedimento desenvolve uma "comunidade de trabalho" (*Arbeitsgemeinschaft,* na feliz expressão de Rosenberg). Nem mesmo o julgamento é hoje concebido como obra solitária do juiz, mas como fruto da co-participação com os demais sujeitos, que condicionam, pelo direito de influência, a manifestação de poder estatal estampada na sentença.[21]

16. Sobre as controvérsias na doutrina italiana, com indicações bibliográficas, Cf. MARUFFI, Rita. L'art. 111 Cost. e l'incompatibilità del giudice nel processo civile, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LVII, n.4, outubro-dezembro, 2003, p.1164-1165, especialmente nota n.1.
17. WALDER, H.U. *Die Offizialmaxime: Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozeßrecht.* Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973*,* p.5.
18. Há, porém, e em especial no que se refere aos ônus, aquelas funções que se praticam apenas para a satisfação do interesse do sujeito que as realiza. Sobre o conceito de ônus, Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.168-178; Sobre os ônus das partes, em contraposição aos deveres, Cf. MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche und Prozessuale Parteipflichten.* Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag*,* 2001, p.58 e ss.
19. CABRAL, Antonio. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *in: RePro,* Ano 30, n.126, agosto de 2005, p.59 e ss.; MÜLLER, Thomas M. *Op.cit.,* p.50-57.
20. CABRAL, Antonio. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LX, N.2, aprile-giugno, 2005, p.449-464; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, *in: Ajuris* n.90, junho de 2003, p.62. REISCHL, Klaus. *Op.cit.,* p.85.
21. CABRAL, Antonio. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito, *Op.cit.*, p. 455-456.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION104 104 4/10/2007 14:38:53

Por outro lado, dentre essas funções podemos identificar algumas que são *exclusivas* de um ou alguns dos sujeitos do processo; outras são *concorrentes* (cabem a mais de um sujeito), podendo estas serem de iniciativa independente ou subsidiária (nesta hipótese cabe falar em funções *complementares*).

E é justamente na seara das funções típicas de determinado sujeito, com exclusão de qualquer outro, que o estudo da repartição funcional torna-se mais relevante. E para diferenciar as funções que são atribuídas às partes e aquelas que são cometidas ao magistrado, vemos no direito comparado referência ao conceito de *impartialidade*.[22]

Para uma melhor compreensão das vicissitudes, queremos destacar que as noções de impartialidade e imparcialidade diferem substancialmente em três planos: em seu conteúdo, nas conseqüências de sua inobservância e nos fundamentos para sua existência.

2.3. Impartialidade: adequação e incompatibilidade de funções

A impartialidade é a condição do Estado-juiz, típico *status* de um terceiro, não no sentido das intervenções de terceiro, mas significante da figura de um *tertium* ao qual é atribuída a solução do litígio quando vedada a autotutela, substituída pela justiça estatal (*terzietà* na nomenclatura italiana, que já foi utilizada também no Brasil).[23] O monopólio estatal da jurisdição e a proibição da justiça privada impõem a existência de um sujeito com esta característica, investido da função de julgamento e que seja estranho ao conflito.[24]

Nesse cenário, a repartição de tarefas, por seccionar o quadro funcional de acordo com as figuras participantes, gera um feixe complexo de *incompatibilidades* entre as funções a praticar e determinados sujeitos do processo, um juízo negativo de impossibilidade da prática de um ato processual.[25]

---

22. Utilizamos, no texto, o neologismo impartialidade, emprestada dos autores de língua espanhola, que forjaram o termo *impartialidad.* Na Itália, usa-se a expressão *terzietà*, que significa a atribuição ao juiz de certa função, negando a condição de parte, no que se assemelha à opção da doutrina tedesca, que lança mão do termo *Unparteilichkeit*, ou "condição de não-parte". Mais referências serão feitas a seguir, na nota n. 26.
23. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003, p.22; AROCA, Juan Montero. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano.* Lima: Enmarce, 1999, p.109-112, *apud* COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. *Op.cit.,* p.2.
24. HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess – und... Op.cit.,* p.36; ZEGARRA, Fernando Ugaz. *Op.cit.,* p.3, onde afirma o autor que "el principio de imparcialidad es un estadio superior al de la simple 'impartialidad'. La impartialidad supone la superación de los medios coactivos de autotutela mientras que la imparcialidad es la superación de las estructuras de obtención coactiva por heterotutela".
25. AROCA, Juan Montero. Il processo civile 'sociale' come strumento di giustizia autoritaria, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LIX, n.2, abril-junho de 2004, p.573-574; MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION105 105 4/10/2007 14:38:53

Dizer, por conseguinte, que o juiz deve ter impartialidade (*Unbeteiligtheit)*,[26] é apontar um divisor de águas que exclua do seu atuar qualquer função que seja típica das partes. Logo, a impartialidade é um estatuto, aferível objetivamente, pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição de funções processuais entre os vários sujeitos envolvidos, refletida num juízo comparativo, um cotejo entre as figuras processuais em abstrato, em tese, com o ato ou função específica a praticar em um dado processo.[27] A (im)partialidade não têm relação necessária com a (im)parcialidade da pessoa incumbida de uma função. O Estado-juiz, o Ministério Público, a Polícia, o órgão de registro, o Estado-Administração, todos representam e congregam várias funções, a despeito das pessoas que as personificam: o juiz, membro do MP, delegado de polícia, agente público, etc.

2.4. Conseqüências do vício do desrespeito à imparcialidade e à impartialidade

Dessa referência genérica e abstrata da divisão funcional, vale dizer, da atribuição de funções não ao Juiz, mas ao Estado-juiz ou órgão jurisdicional, não

---

Processuale Civile. Torino: G.Giappichelli, 30a Ed., vol.I, 2000, p.267; SCHMID, Niklaus. *Op.cit.*, p.51; GUINCHARD, Serge e BUISSON, Jacques. *Op.cit.,* p.171-172.

26. O melhor termo na língua alemã que encontramos é *Unbeteiligtheit,* usado por HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess – und... Op.cit.,* p.41 e ss, que significa algo como "Não-participatividade". Com efeito, embora o termo *Unparteilichkeit* pudesse ser traduzido literalmente como impartialidade, e se poderia amoldar ao conceito que aqui defendemos, muitas obras de língua germânica utilizam o termo indiscriminadamente, ora no sentido de imparcialidade, ora no sentido, aqui empregado, mais comum na Itália e na Espanha, de *terzietà* ou *impartialidad* respectivamente. Essa variação terminológica ocorre desde a obra clássica de BÜLOW, Oskar von. *Op.cit.,* p.5, onde trata daquilo que denomina de "insuspeitabilidade" (*Unverdächtigkeit)* do tribunal como um pressuposto processual. Veja-se, ainda, na literatura mais recente, a passagem de SCHMID, Niklaus. *Op.cit.*,41-42, em que trata da independência do juiz (*Unabhängigkeit*), ao lado de sua imparcialidade (*Unparteilichkeit*), afirmando que esta pertine a questões internas, subjetivas, do juiz. BAUR, Fritz e GRUNSKY, Wolfgang. **Zivilprozeßrecht.** Kriftel: Luchterhand, 10. Auflage*,* 2000, p.10-11, fazem referência ao que seria "independência material" (*sachliche Unabhängigkeit*) e "independência pessoal" (*persönliche Unabhängigkeit*). Em seguida, apesar de afirmarem que a *Unparteilichkeit* expressa a objetividade do juiz em cada caso, enumeram casos de impedimento e suspeição. Também com referência à Itália, Japão e América Latina alguns autores relacionam os dados funcionais objetivos com a independência do juiz, procurando traçar diferenças entre este aspecto e a imparcialidade, que seria subjetiva. Assim, p.ex., SALVANESCHI, Laura. Sull'imparzialità dell'arbitro, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LIX, n.2, abril-junho de 2004, p.412; SEIZELET, Éric. *Justice e magistrature au Japon.* Paris: PUF, 2002, p.22; COUTURE, Eduardo. *Op.cit.,* p.35 e 130-131. Sobre a questão terminológica e a dificuldade de cunhar um termo absolutamente unívoco, a par das confusões semânticas, Cf. AROCA, Juan Montero. *Il processo civile 'sociale' come strumento..., Op.cit.,* p.574, especialmente nota n.71. Posteriormente, no decorrer do texto, veremos que o problema atinge também a jurisprudência no direito comparado.

27. AROCA, Juan Montero. Il processo civile 'sociale' come strumento..., *Op.cit.,* p.572-574; MARUFFI, Rita. *Op.cit.,* p.1174.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION106 106 4/10/2007 14:38:54

ao membro do MP (Procurador da República, Promotor de Justiça, etc.), mas ao órgão do Ministério Público, podemos extrair ilações acerca das conseqüências do desrespeito às duas exigências. Quando falta imparcialidade ao juiz, verificamos defeito no campo dos pressupostos processuais, como visto. Já o vício de inobservância da divisão funcional não é atrelado aos pressupostos processuais, mas ao conceito de legitimidade para o ato,[28] muito mais adequado ao exercício de um poder jurídico.[29]

A legitimidade é uma aptidão extrínseca, um dado correspectivo, que pede um exame comparatístico entre a situação fática do caso concreto (situação legitimante) e a função a ser, em tese, desempenhada,[30] ao contrário da capacidade ou imparcialidade, que são qualidades instínsecas, pessoais, inerentes ao sujeito.[31]

Ademais, a parcialidade do sujeito vicia o seu atuar para qualquer ato processual, enquanto, no que se refere às funções, a questão da *legitimatio ad actum* deve ser aferida para cada ato realizado ou por praticar. Se a capacidade ou imparcialidade são atributos pessoais, a legitimidade, por seu caráter correspectivo, de correspondência, não existe *in genere*, mas em cada caso concreto e para cada ato processual.[32] Uma criança não tem capacidade processual para exercer direitos processuais em qualquer processo. Já no campo da legitimidade, um indivíduo pode ser considerado parte legítima num caso, mas não em outro.

Assim, se a restrição à prática do ato está no âmbito de uma relação entre o sujeito e o objeto do mesmo ato, tal restrição refere à legitimidade, e não à capacidade ou outro atributo.[33] Uma aplicação prática desta diferença entre as conseqüências do vício da imparcialidade e da impartialidade é que, quando o defeito do ato encontra-se na seara da capacidade ou imparcialidade, o ato praticado será

28. Na atualidade, o conceito de legitimidade é mais amplo que aquele comumente referido no estudo do direito de ação. A legitimidade, que poderia ser ponto da teoria geral do direito, está ligada à prática de cada ato processual (*legitimatio ad actum*), neste sentido aqui trabalhada. Assim também DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio.* São Paulo: Malheiros, 7a Ed., 2002, p.127-130.
29. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, p. 5-7.
30. *Idem,* p.11-12; SCHMID, Niklaus. *Op. cit.*, p. 51.
31. Na doutrina clássica é comum encontrar referência à imparcialidade como componente da capacidade do juiz (capacidade subjetiva). Assim, p.ex., MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 2 ed., vol. I*,* 1974*,* p.175-176 e 237-238.
32. *Idem,* p.248-249.
33. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e SAMPAIO, E. Nora. *Manual de Processo Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 2 ed., 1985, p. 131; ARMELIN, Donaldo. *Op.cit.*, p. 16-19.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION107 107 4/10/2007 14:38:54

nulo, enquanto que a ilegitimidade não gera a invalidade, mas a ineficácia do ato praticado.[34]

Ademais, como se tem afirmado freqüentemente, a imparcialidade dos sujeitos que devem portá-la em suas atividades é presumida, necessitando-se de impugnação específica para que seja infirmada. Por outro lado, o mesmo não ocorre com a discussão funcional. Vale dizer: não há presunção de impartialidade. Dessa forma, relevantes implicações existem no campo probatório. A presunção de imparcialidade transfere ao interessado o ônus da prova no incidente de impugnação (nas exceções de suspeição e impedimento, p. ex.); o mesmo não se verifica na esfera da repartição de funções.

2.5. Justificativa normativa para ambas as noções

Mas as diferenças não param por aqui. No que diz respeito à *ratio* de ambos os conceitos também podem ser identificados fatores diversos que fundamentam uma ou outra noção. Sem embargo, a repartição de funções processuais ocorre pelas mais variadas razões. Precipuamente, a divisão de trabalho entre partes, juiz e outros sujeitos leva em consideração:

a) A natureza da função a praticar e o sujeito que tem melhores condições de praticá-la; e

b) Contenção democrática de poder.

É evidente que a natureza da função a ser desempenhada é essencial para que uma distribuição de tarefas seja eficiente e traga benefícios à marcha processual. Trata-se de uma preocupação com a efetividade do processo, especificamente no que tange à denominada *operosidade* da atuação dos sujeitos processuais,[35] para que a função seja cometida àquele sujeito que tenha melhores condições de desempenhá-la.

Todavia, a par da eficiência, a grande justificativa para a repartição de funções no processo é a contenção de poder, evitando-se que um sujeito processual

34. ARMELIN, Donaldo. *Op. cit.,* p. 13-15. O tema, contudo, é polêmico e exigiria considerações aprofundadas sobre a teoria das nulidades, análise que escapa às restritas pretensões deste estudo.

35. O termo operosidade foi cunhado por CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados especiais cíveis e ação civil pública:* uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2 ed., 2000, p.63, onde o define como significante de que "as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participem direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION108 108 4/10/2007 14:38:54

acumule atribuições que o posicionem como uma "super-figura", detentora de potestades que o possam transformar num déspota, centralizador, censor das liberdades, algo típico dos mais autoritários ordenamentos processuais que se puderam historicamente observar.[36]

Assim, na ária procedimental, repartem-se as funções, dividem-se os poderes e faculdades, no intuito, ao mesmo tempo, de destiná-las àqueles a quem mais afeto um dado papel no processo (eficiência no desempenho de função), sem descuidar da necessidade de autorestrição dos poderes que se apresentam (limites ao autoritarismo processual).[37] Busca-se um equilíbrio funcional centrífugo, do qual decorrerá uma anulação ou compensação vetorialmente recíproca das forças dos diversos sujeitos envolvidos. O ativismo judicial deve ser, portanto, balanceado com o reforço de certas prerrogativas das partes.[38]

A justificativa filosófica da distribuição de funções deita raízes, pois, em razões não só de eficiência alocativa mas sobretudo de ordem democrática, gerando uma repartição de tarefas que poderíamos imaginar como principiológica ao nosso direito processual, uma espécie de "princípio de separação de funções",[39] uma máxima de divisão de tarefas que pode representar uma *garantia orgânica* no esquema funcional do processo.[40]

Essa repartição funcional é exigida pela coerência decorrente do exercício de cada específica posição jurídica processual. Direito de ação, direito de defesa, jurisdição, são poderes e deveres que geram para determinados sujeitos um feixe de potenciais funções a praticar, que evoluem dialeticamente a partir de vínculos jurídicos dinâmicos, estabelecidos e cambiantes no curso do desenvolvimento da relação processual.[41]

---

36. GUINCHARD, Serge e BUISSON, Jacques. *Op.cit.,* p.52-53.
37. Para OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op.cit.,* p.81, o afastamento do juiz das possibilidades de alterar a demanda tem por fundamento, que hoje seria descuidado pela doutrina, a preservação da liberdade do indivíduo. Seu agir judicial deve ser livre, independente do poder estatal.
38. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op.cit.,* p.64.
39. GUINCHARD, Serge e BUISSON, Jacques. *Op.cit.,* p.366-367.
40. AROCA, Juan Montero. *Il processo civile 'sociale' come strumento…, Op.cit.,* p.573 e ss., onde diferencia as garantias processuais das chamadas garantias orgânicas, dentre as quais estaria a *impartialidad*. Ver também a decisão da Corte Européia de Direitos Humanos, no caso Cubber v. Bélgica (Requête n. 9186/80), julgado em 26 de outubro de 1984. Série A, n.86, parágrafo 26: "La Cour ne saurait pourtant se contenter d'une optique purement subjective; il lui faut prendre aussi en compte des considérations de caractère fonctionnel et organique (démarche objective)".
41. MARQUES, José Frederico. *Op.cit.,* p.115-116.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION109 109 4/10/2007 14:38:54

2.6. Da inexistência de relação de causa e efeito entre os dois conceitos

De qualquer forma, queremos salientar que imparcialidade e impartialidade são conceitos absolutamente apartáveis. Do exercício de uma específica função processual não se pode extrair uma conseqüência necessária, seja a parcialidade de quem é parte ou a imparcialidade de quem é julgador. Não há, na análise detida dos dois conceitos, qualquer vinculação de causa e efeito entre eles senão a de uma mera possibilidade.[42] Se o juiz pode ser parcial, também é possível que o membro do MP ou o administrador público sejam imparciais. Nada permite afirmar, no entanto, que isso ocorra sempre diante do exercício de uma tal função, mas apenas autoriza dizer que se nos pode apresentar como resultado *possível* ou em certa medida *provável* daquela atividade.[43]

A dificuldade para compreendermos e aceitarmos separar o debate da repartição funcional entre os sujeitos do processo e a questão referente à sua imparcialidade reside no fato de que, por vezes, determinados sujeitos figuram no processo para a defesa de certos interesses materiais, sendo que sua atuação só se justifica para que tais interesses sejam tutelados. E, ao mesmo tempo, exige a lei que o desempenho de sua atividade processual seja marcado pela imparcialidade. Não se pode, portanto, afirmar peremptória e definitivamente que determinados entes que devem ser imparciais não sejam movidos por qualquer interesse.

Pensamos, entretanto, que o fato de ser parte, de por vezes buscar a realização concreta de um bem ou direito, em suma, o "tomar parte" por um interesse material, não gera forçosamente a parcialidade, o que se observa na atuação do Ministério Público e da Administração Pública. O administrador, por definição, é gestor da coisa pública, devendo agir com vistas à consecução do interesse

---

42. AROCA, Juan Montero. *Il processo civile 'sociale' come strumento..., Op.cit.,* p.573-574, *ipsis litteris:* "In realtà, quando si tratta di attribuire poteri probatori al giudice, ciò che si deve mettere in discussione non è propriamente l'imparzialità del giudice, ma se tale attribuizione sia compatibile con la necessità che il giudice sia terzo, ossia con l'esigenza d'incompatibilità di funzioni tra parte e giudice"; MARUFFI, Rita. *Op.cit.,* p.1174-1175. Veja-se, por exemplo, que o árbitro, assim como o juiz, tem compromisso com a imparcialidade, ainda que não seja investido de uma função que, objetiva e institucionalmente o afasta da condição de parte. Cf. SALVANESCHI, Laura. *Op.cit.,* p.411-413.

43. É fato que alguns ordenamentos jurídicos trazem hipóteses legais de impedimento e suspeição com base no provável comprometimento de sua imparcialidade. Cf. MONTELEONE, Girolamo. *Compendio di Diritto Processuale Civile.* Padova: CEDAM, 2001, p.41. Assim, p.ex., alguns sistemas europeus que deferem a atividade de instrução a um magistrado e o julgamento a outro; ou impedem que o juiz que apreciou medidas cautelares julgue a demanda de conhecimento. Exemplos em que a parcialidade é de provável ocorrência para o juiz podem ser obtidos em CHIARLONI, Sergio. Relazioni tra le parti, i giudici e i difensori, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LIX, n.1, janeiro-março de 2004, p. 23; BINDING, Karl. *Op.cit.*, p.85-86.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION110 110 4/10/2007 14:38:55

público. Também o MP é movido pelo interesse público, assim como qualquer outro órgão administrativo; é motivado pelo interesse público primário, o interesse geral, aquele de toda a coletividade, e é exatamente este dado que justifica sua atribuição, visto que a Constituição da República de 1988 expressamente o proíbe de postular em favor de interesses individuais (art.129, IX).[44] Lembremos que a parcialidade é conceito que diz respeito ao indivíduo (o membro do MP e o servidor público incumbido da tarefa de julgar), e não ao órgão ao qual é atribuída a respectiva função. Ora, quando em jogo o interesse público e não um interesse particular, é desarrazoado pensar em atuação necessariamente parcial de tais sujeitos tão somente por figurarem, no processo, o MP como parte ou a administração como julgadora.

É por essa dificuldade, qual seja, separar o que pertine à divisão de funções daquilo que remete ao psiquismo do agente público, que parte da doutrina, para facilitar a compreensão, traça diferença entre o que seriam "desinteresse objetivo" e "desinteresse subjetivo". O desinteresse objetivo tocaria a questão funcional, sendo típico da impartialidade. Já o desinteresse subjetivo seria próprio do sujeito, o magistrado, o jurado, o perito, o membro do MP, o servidor que julga o processo administrativo. Neste ponto, a jurisdição afasta-se da atuação do MP ou da Administração. Isso porque, na atividade jurisdicional, observamos sempre o chamado desinteresse objetivo, que decorre da presença de um terceiro que decide sempre sobre relações jurídicas alheias (*terzietà*). Portanto, na atuação da jurisdição pode haver imparcialidade e impartialidade, desinteresse objetivo e subjetivo simultaneamente.[45] Por outro lado, o Ministério Público e a Administração Pública, pelo fato de agirem em prol de um interesse material (ainda que um interesse geral, público), têm suas atuações pautadas por interesse objetivo e desinteresse subjetivo, porque, apesar da imparcialidade, falta-lhes impartialidade.[46] Objetivamente, por vezes, atuam em favor de um interesse por uma determinação normativa que é atribuída à função destes órgãos. Mas isso, frise-se, não implica necessariamente em comprometimento de sua imparcialidade, quando exigida.

Parte da doutrina fala ainda em "independência ou imparcialidade funcional" (significante da noção de impartialidade) e "imparcialidade (ou independência)

44. HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und... Op.cit.,* p.59 e 179.
45. AROCA, Juan Montero. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano.* Lima: Enmarce, 1999, p.109-112, *apud* COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. *Op.cit.,* p.3; Em sentido contrário, não admitindo que a noção de interesse seja uma relação subjetiva, BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Introducción al estudio del processo. La psicologia y la sociologia del proceso.* Buenos Aires: Depalma, 1983, p.43-44.
46. ZEGARRA, Fernando Ugaz. *Op.cit.,* p.4.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION111 111 4/10/2007 14:38:55

pessoal".[47] Também já se pensou em dividir o conceito em imparcialidade subjetiva e objetiva, incluindo a incompatibilidade de funções nesta última espécie.[48] Neste último sentido podemos observar decisões na jurisprudência espanhola, prolatadas pelo Tribunal Constitucional em sede de recurso de amparo, e também pela Corte Européia de Direitos do Homem, interpretando a cláusula do art.6º da Convenção.[49]

3. EQUILÍBRIO E CONTENÇÃO DEMOCRÁTICA DE PODER: REPERCUSSÕES EM DIVERSOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

Vimos que a repartição de funções tem preocupação com um balanceamento dos poderes atribuídos aos sujeitos processuais. Com efeito, a busca por este equilíbrio repercute em vários institutos e tem importantes conseqüências de natureza principiológica, ao tentar o ordenamento processual conciliar funções e dividir poderes.

Exemplos não nos faltariam, como percebemos na análise do princípio da demanda (como contraponto da inércia jurisdicional), conjugado com a regra do impulso oficial (arts. 2º e 262 do CPC); o efeito devolutivo na esfera recursal e o princípio da não *reformatio in pejus*; as faculdades decorrentes do princípio dispositivo conjugadas com o equilíbrio das regras de correlação entre sentença

47. HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und... Op.cit.,* p.41, *in verbis: "Hierbei wird klar, dass die Gesetze in der Lage sind, die objektive – gerichtsorganisationsrechtliche – Unabhängigkeit gesetzestechnisch zu gewährleisten. Etwas ganz anderes gilt jedoch bezüglich der persönlichen Unabhängigkeit. Sie ist letzten Endes eine Frage des Charakters des einzelnen Richters";* GUINCHARD, Serge e BUISSON, Jacques. *Op.cit.,* p.354, onde afirma que "Dans le premier cas, la question de l'impartialité du juge se pose à raison de l'exercise même de ses fonctions, indépendamment de ses convictions personelles, de son attitude, etc., et tout juge placé dans la même situation verrait son impartialité appréciée de la même façon; dans le second cas, c'est indépendamment de la fonction exercée, en raison des traits propres au juge que l'impartialité doit être appréciée". Posteriormente, p.365-366, critica a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, que estaria negligenciando a "imparcialidade funcional", realizando análise meramente subjetiva, ainda que fulcrada, por vezes, em dados mais objetivos que não as funções a serem exercidas, normalmente certas circunstâncias da causa que pudessem trazer um "risco de parcialidade". Trata-se da decisão no famoso caso Piersack, de 1º de outubro de 1982, série A, nº53, p.14, parágrafo 30, onde afirmou a Corte de Estrasburgo que a imparcialidade pode ser vista de duas perspectivas: "entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur", "et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime".

48. MARUFFI, Rita. *Op.cit.,* p.1172.

49. Na sentença STCE 0151/2000 (12.06.2000), asseverou o TCE que: "Así el quebranto o el debilitamiento de la imparcialidad objetiva puede venir de varias causas: una, la incompatibilidad de las funciones del instructor con las del juzgador en cualquiera de las instancias; y, otra, la incompatibilidad de las funciones del juez de instancia y apelación. Las dos modalidades de una eventual parcialidad se recogen indiscriminadamente en las listas de las causas de abstención y de recusación que contiene la Ley Orgánica del Poder Judicial", disponível em http://www.tribunalconstitucional.es, acessado em 15.01.2007. Vejase a notas n.81, em que trechos de decisão da Corte Européia de Direitos Humanos foram transcritos.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION112 112 4/10/2007 14:38:55

e demanda[50]; o princípio do debate (*Verhandlungsgrundsatz*),[51] com o predomínio das partes no aporte dos fatos ao processo, equilibrado com a prevalência do juiz na análise das questões de direito;[52] matérias submetidas à preclusão e outras cognoscíveis *ex officio* (veja-se a disciplina da incompetência absoluta, passível de pronúncia de ofício, balanceada pela incompetência relativa, em que se exige requerimento).

Impende ainda mencionar a distribuição apriorística de ônus probatórios, o ônus de contestar, as possibilidades de sanção a condutas de má-fé processual. Por outro lado, se cabe precipuamente ao juiz determinar o rumo do processo,[53] também as partes conservam prerrogativas concernentes à própria marcha processual: redução de prazos dilatórios (art. 181 do CPC), suspensão do processo

50. Regras que impedem que o juiz aprecie fatos e pedidos não constantes da demanda inicial, com exceções (arts.128, 459, 1ª parte, 460, 293, 290, todos do CPC). Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil.* São Paulo: RT, 2 ed., 2001; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op.cit.,* p.71, onde se lê: "Todavia, de modo nenhum podem ser confundidos o momento inicial, consistente na alegação dos fatos jurídicos, que dão substrato à pretensão *sub judice*, com o momento posterior, interno ao processo, concernente às demonstrações de cunho probatório. O primeiro, cumpre esclarecer, não se exaure tão somente numa declaração de caráter informativo, mas numa declaração de vontade, que estabelece o elemento essencial do direito ou do contradireito – o elemento constitutivo causal –, com o qual a parte age ou se opõe ao agir de outrem, vinculando o juiz e forçando-o a exercer seu ofício. Instaurado porém o processo, o seu modo, ritmo e impulso escapam à disponibilidade das partes, elementos que devem ser disciplinados por normas legais cogentes, não sendo despiciendo no entanto possa o juiz em certas hipóteses levar em conta as exigências concretas do caso. Daí o equívoco de colocar-se no mesmo plano as iniciativas do juiz em tema de prova (operantes apenas no plano da '*formelle Prozessleitung*' e as que incidem por sua vez sobre as alegações, que concernem efetivamente ao plano da 'matéria' ou seja ao 'objeto' do processo. Em realidade, a confusão embaraçaria a necessária distinção entre os planos do direito material e do processual. No primeiro, a faculdade de iniciar a demanda e fixar o seu conteúdo é deixada ao exclusivo alvedrio dos sujeitos do direito, qualquer que seja a natureza da pretensão material. Ao órgão judicial não se outorga poder para fazer cessar a demanda ou modificar o pedido ou a causa de pedir, porquanto tal atividade comprometeria irremediavelmente a imparcialidade própria de seu ofício. No segundo, vinculado de modo inextricável ao próprio exercício da função jurisdicional, o interesse público exige prolatada a decisão apenas quando formada a convicção do juiz, assentada esta o mais possível na verdade dos fatos, porque em exercício de tarefa própria do seu ofício, devendo o legislador estabelecer como se processará tal investigação, disciplinando do mesmo passo os poderes instrutórios do juiz".
51. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo, *in: Revista de Processo,* nº 37. São Paulo: RT, 1985, p.140-150; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op.cit.,* p.64-65 e 98-100; HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und... Op.cit.,* p.83-84 e 309 e ss.
52. Sobre a leitura moderna do princípio *iura novit curia*, criticando a idéia de que o juiz é alheio à influência das partes no que se refere à qualificação jurídica e às questões de direito em geral, Cf. BAUR, Fritz. Da importância da dicção "*iura novit curia*", *in: RePro,* n.3, p.168-177. No sentido clássico e recorrente, referido no texto, Cf. SCHMID, Niklaus. *Op.cit.,* p.51-52; WALDER, H.U. *Op.cit.,* p. 6-7*;* CHIARLONI, Sergio. *Op.cit.*, p.27; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento.* São Paulo: RT, 5 ed., 2006*,* p.268.
53. DELGADO, José Augusto. Sujeitos do processo, *in: RePro,* n.30, p.68.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION113 113 4/10/2007 14:38:55

e adiamento de audiência, quando convencionados (arts.265, II e 453, I, ambos do CPC), dentre outros.[54]

Todos esses são exemplos de mecanismos, de técnicas diversas, para facultar ou impor funções processuais a um ou vários sujeitos, na procura incessante por otimizar o trabalho e equilibrar suas potestades, sem que a cooperação no processo fosse produto de uma desorganizada, ineficiente e autoritária distribuição de tarefas.[55] De fato, existe um movimento mundial para que seja normatizada, no âmbito processual, uma repartição das faculdades de condução do procedimento para, ao mesmo tempo, repartir poderes e dividir responsabilidades.[56]

4. O RETORNO ÀS INDAGAÇÕES INICIAIS

O que desejamos assentar, nos tópicos precedentes, é que não existe uma *correlação necessária* entre o desempenho de uma determinada função processual e uma conseqüência automática no campo subjetivo da pessoa que atua no caso. O fato de ser atribuída ao juiz – ao Estado-juiz – a faculdade de produção de prova *ex officio,* não significa dizer que o exercício desta função torna qualquer magistrado, sempre e sem exceções, parcial. O Ministério Público, por outro lado, pode ser parte imparcial, sem que isso seja, necessariamente, considerado uma contradição nos próprios termos, porque a questão funcional está imune a considerações de ordem subjetiva. Se, porém, algum membro do MP for parcial, esta é uma análise casuística da conduta de um indivíduo, uma pessoa, que foge

54. Veja-se interessante análise comparativa, que há alguns anos já denotava as tendências dos ordenamentos suíço, alemão, italiano e francês em HABSCHEID, Walther J. Richtermacht oder Parteifreiheit. Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozeßrechts, *in: Zeitschrift für Zivilprozeß,* 81.Band, Heft 3-4, 1968, p.175 e ss.

55. REISCHL, Klaus. *Op.cit.,* p.85-86.

56. Sobre o ordenamento austríaco, Cf.HENKE, Albert. "Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale civile austriaco", *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LVIII, N.3, julho-setembro, 2003, p.818-819, que narra que recentes reformas na ZPO encartaram na lei um "dever de promoção do processo" (*Prozessförderungspflicht)* para as partes. Na Alemanha, sobre o mesmo dever, ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl-Heinz, GOTTWALD, Peter. *Zivilprozeßrecht.* München: CH Beck Verlag, 15. Auflage, 1993, p.454; REISCHL, Klaus. *Op.cit.,* p.81, fala sobre o aumento dos poderes do juiz como forma de torná-lo co-responsável pelos resultados do processo. Assim também HABSCHEID, Walther J. *Richtermacht oder Parteifreiheit..., Op.cit.,* p.196. Dentre os espanhóis, Cf. AROCA, Juan Montero. *Il processo civile 'sociale' come strumento..., Op.cit.,* p.566; A respeito do ordenamento húngaro, GÁSPÁRDY, László. *Op.cit.,* p.1103. Na Inglaterra, o advento das *Civil Procedure Rules* também modificaram o *adversary system,* atribuindo mais poderes ao juiz na condução do procedimento. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa, *in: RePro,* Ano 29, vol.118, novembro-dezembro, 2004, p.79. Já o novo Código de Processo Civil russo de 2002, na esteira da revogação do modelo inquisitorial do antigo código soviético operada pela Constituição de 1993, veio atribuir maior força às partes na instrução probatória, sem descambar para o modelo *adversarial*. Cf. MALESHIN, Dmitry. O novo código de Processo civil russo de 2002, Trad. José Carlos Barbosa Moreira, *in: RePro,* n.121, p.163-164.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION114 114 4/10/2007 14:38:55

à aferição *in abstracto* da função que, em tese, é atribuída ao órgão. O mesmo se aplica à Administração Pública no processo administrativo. Não desenvolveremos, neste pequeno artigo, os árduos temas referentes ao Processo Administrativo ou à atividade específica do Ministério Público. Sua análise ficará quem sabe para outra obra, com reflexão aprofundada. Mas pensamos serem as idéias aqui expostas completamente aplicáveis em vários outros pontos de estudo da Teoria Geral do Processo e do Processo Penal, Civil e Administrativo.

4.1. O papel do juiz na instrução probatória civil: protagonista ou coadjuvante?

No que se refere a esta celeuma específica, atinente à postura que se espera do juiz no processo civil, em especial na instrução probatória, podemos tecer breves considerações, a fim de demonstrar como uma teorização acerca das funções processuais pode ser útil em diversos pontos de grande discussão na ciência processual.

É comum que se traga ao debate, neste ponto, a vetusta dicotomia público-privado que separaria o Processo Civil do Processo Penal, pela qual, no primeiro, estaria satisfeito o ordenamento com uma verdade dita formal, não necessariamente coincidente com a verdade dos fatos, enquanto que, na esfera criminal, ante a sensibilidade do direito de liberdade, não poderia o direito processual compadecer-se com uma decisão que não refletisse fielmente a verdade material ou verdade real.

Essa *summa divisio* no âmbito processual ecoava na atuação do juiz. No Processo Civil, concebido como "coisa das partes", não deveria o magistrado ter iniciativas no campo probatório, devendo julgar *secundum allegata et probata partium*, sob pena de ferir sua imparcialidade e o distanciamento dos interesses em jogo que seria dele exigido. Preponderavam as partes na condução do Processo Civil, enquanto que, no Processo Penal, a busca da verdade material justificaria uma postura ativa do juiz, que podia ter iniciativa na produção de prova.[57]

Na atualidade, vários destes paradigmas foram superados. Primeiramente, vê-se a busca pela verdade no direito processual moderno prescinde de considerações sobre tratar-se de verdade material ou formal. Como a formação da

57. SCHMID, Niklaus. *Op.cit.,* p.53 e p.145-146, onde afirma que o Processo Penal, na atualidade, não admite postura passiva do juiz, típica do Zweiparteienverfahren, princípio próprio do Processo Civil e comumente aplicado ao Processo Penal de origem anglo-americana. Este princípio deveria ser conjugado com outros princípios igualmente relevantes, como o da busca pela verdade material (*materielle Wahrheit*); ANDRADE, Odilon de. *Op.cit.,* p.4. Sobre o formato privatista do processo civil de partes, Cf. HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess – und... Op.cit.,* p.7.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION115 115 4/10/2007 14:38:56

convicção judicial é realizada através de uma reconstrução histórica dos fatos ocorridos, qualquer verdade em um procedimento judicial é concebida apenas como uma verdade processual, extraída do debate e dos autos, sem qualquer pretensão de que, mormente em uma ciência humana, possa existir uma verdade absoluta ou que, do processo, possam os sujeitos envolvidos obter uma verdade extraprocessual.[58]

Ademais, a partir da publicização do Processo Civil, compreende-se que o exercício da jurisdição dá-se, acima de tudo, no interesse do Estado, que, através do processo, realiza objetivos que são seus próprios e que suplantam os interesses das partes numa hierarquia de precedência.[59] Neste cenário, também o Processo Civil busca a verdade material (e não somente a verdade formal), conquanto que, obviamente, previdente de concessões à liberdade das partes (atos de transação, reconhecimento do pedido, etc.). A verdade material aplicada ao Processo Civil impõe, também aqui e não só no Processo Criminal, uma postura ativa ao magistrado na produção de prova, o que foi consagrado no art.130 do CPC e na doutrina e jurisprudência brasileiras.[60]

De acordo com o estatuído anteriormente, falar em juiz passivo no Processo Civil (o "juiz glacial", na feliz expressão de Barbosa Moreira),[61] justificando tal postura na preservação de sua imparcialidade, é fruto do vício de confundir impartialidade (a questão funcional) e a imparcialidade (questão do subjetivismo).[62] O juiz ser ativo ou passivo é algo que diz respeito às funções que lhe são permitidas no quadro de distribuição de tarefas no nosso ordenamento processual. A imparcialidade exige um *dever de neutralidade* (*Neutralitätspflicht*),[63] a despeito da específica função exercida em cada momento. Logo, nada impede que o juiz pratique atos de iniciativa probatória – função que lhe cabe pela publicização do Processo Civil e a busca da verdade real – e mantenha, mesmo assim, sua imparcialidade para um julgamento isento.[64] Esta

58. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op.cit.*, p.28-37; REISCHL, Klaus. *Op.cit.,* p.89-90; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op.cit.,* p.329; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.,* p.252-259. Vemos que a doutrina mais moderna é amplamente majoritária neste sentido, tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal.
59. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* São Paulo: Malheiros, 9 ed., 2001, p.80-81; HABSCHEID, Walther J. *Richtermacht oder Parteifreiheit..., Op.cit.,* p.188-189.
60. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de Processo Civil, *in: Revista Forense,* n.261, janeiro-março, 1978, p.82 e seguintes; ANDRADE, Odilon de. *Op.cit.,* p.10.
61. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões sobre a imparcialidade..., Op.cit.,* p.25.
62. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo..., Op.cit.,* p.140-150.
63. REISCHL, Klaus. *Op.cit.,* p.105; No sentido do texto, mas usando o termo "neutralidade" como sinônimo de inatividade do juiz, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões sobre a imparcialidade..., Op.cit.,* p.28-30.
64. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.,* p.56 e 291-292; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op.cit.*, p.82-84 e 119.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION116 116 4/10/2007 14:38:56

é a posição amplamente majoritária na doutrina e jurisprudência, acrescentando tratar-se de uma função concomitante, concorrente das partes e do juiz, e de iniciativa independente de um ou de outras.

Neste ponto específico, no entanto, pensamos, ainda que de forma minoritária, que as faculdades de iniciativa probatória do juiz no Processo Civil se, por um lado, não estão ligadas com o automático comprometimento de sua imparcialidade, também não lhe conferem amplos poderes para produção de prova *ex officio*. Se é fora de dúvida qua a publicização do processo civil demanda por maiores poderes do juiz no âmbito da instrução probatória, é também necessário alcançar um equilíbrio entre as funções processuais.[65] E o que nos permite traçar limites para esta atuação é a noção de impartialidade.

É que não só a indicação das fontes de prova como também os requerimentos da produção dos meios de prova adequados são tarefas que cabem principalmente às partes e apenas subsidiariamente ao juiz, porque são os litigantes que têm melhores condições de fazê-lo.[66] Por outro lado, embora seja solucionado por um procedimento dominado pelo direito público e pelo interesse estatal em bem prestar a jurisdição, não podemos esquecer que, no Processo Civil, o litígio, de regra, versa sobre direitos disponíveis, devendo prevalecer a autonomia das partes, sua iniciativa e suas faculdades.[67] Não se pode interpretar qualquer ato omissivo das partes como uma negligência, nem as partes devem sempre contar com uma "bengala" da atuação judicial, numa demonstração de um paternalismo injustificável na maioria dos casos.[68] Os atos das partes devem ser interpretados,

65. ANDRADE, Odilon de. *Op.cit.,* p.5-6 e 14.

66. No sentido do texto, COUTURE, Eduardo. *Op.cit.,* p.206; DELGADO, José Augusto. *Op.cit.,* p.78; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões sobre a imparcialidade..., Op.cit.,* p.22.

67. HÄSEMEYER, Ludwig. *Beteiligtenverhalten im Zivilrechtsstreit, in: Zeitschrift für Zivilprozess,* 118. Band, Heft 3, 2005, p.266, *in verbis:* "Die Parteien streiten vor Gericht um ihr Zivilrechtsverhältnis, und dies in den Strukturen und mit den Mitteln des Zivilrechts, insbesondere denen der Privat- und Parteiautonomie. Damit ist schon der andere Aspekt angesprochen, dass mit einer öffentlichrechtlichen Überformung der streitspezifische Unterschied zwischen materiellem und formellem Zivilrecht verloren zu gehen droht: Materielles Zivilrecht und Privatautonomie haben mit als gewiss vorausgesetztem, formelles Zivilrecht und Parteiautonomie mit ungewissem Recht in einem Streit zu tun, dessen eigene Voraussetzungen und Folgen ihrerseits wieder umstritten sein können"; MARQUES, José Frederico. *Op.cit.,* p.370-371; GÁSPÁRDY, László. *Op.cit.,* p.1103-1104, alertando para um influxo da legislação húngara, que migrou da oficialidade que reinava desde metade do século XX, para a iniciativa da parte em matéria probatória, salvo raras exceções.

68. Assim decidiu, com propriedade, o STJ, no Resp 831-190-MG, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 27.06.2006, prestigiando a autonomia das partes e restringindo os poderes do juiz. "Ementa: PROCESSUAL CIVIL. TRANSAÇÃO HOMOLOGADA JUDICIALMENTE. MAGISTRADO SUBSTITUTO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E DA INICIATIVA DAS PARTES. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. 1. A atividade jurisdicional não pode substituir a iniciativa das partes, consoante preceituam os arts. 2º e 128 do Código de Processo Civil. A invocação de vício na transação homologada judicialmente, pelo magistrado que substituía regularmente na Vara, já transitada em julgado, não pode ser

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION117 117 4/10/2007 14:38:56

em princípio, como expressão de liberdade decorrente de sua posição como sujeito da demanda, demonstração da autonomia que seus poderes processuais lhes conferem,[69] não podendo o juiz atuar em substituição às partes nesta seara.[70]

Portanto, se existe possibilidade de produzir prova de ofício pelo magistrado, sua atuação deve ser apenas coadjuvante, suplementar. Trata-se, com certeza, de função concomitante, convergente, onde se observa atividade de sujeitos em cooperação,[71] mas que, para o juiz, é de iniciativa subsidiária, cabendo às partes como protagonistas. Caso o resultado da atividade probante não traga ao juiz elementos suficientes para que a decisão reflita a verdade real, pode somente então o magistrado empreender esforços, de ofício, para a obtenção de outros meios de prova, com vistas à prolação da melhor decisão possível, objetivo estatal de relevância evidente.

4.2. A verdadeira justificativa do modelo acusatório e o falso dogma no Processo Penal

Existe, no direito processual moderno, como visto, uma estreita repartição de funções entre os diversos sujeitos do processo. No Processo Penal embora autores de peso identifiquem em número de três as funções processuais precípuas (juiz, autor e réu),[72] outras hão de ser consideradas e referidas, como aquela do Defensor do acusado e dos órgãos policiais e periciais, dentre outras.

Vimos que essa divisão de trabalho tem como fundamento, além de razões de ordem prática, com vistas à eficiência, sobretudo um motivo político: a busca por um balanceamento de forças entre as diversas figuras que, no processo, desempenham papéis variados.[73] Contudo, é contínua a referência ao surgimento

---

suscitada de ofício pelo juiz, mas pela parte prejudicada, em ação própria, sob pena de julgamento *extra petita* e ofensa à coisa julgada. 2. Ademais, inexiste violação ao princípio da identidade física do juiz, se a decisão proferida por magistrado substituto, no exercício regular da jurisdição, baseou-se exclusivamente em prova documental. Precedentes da Corte. 3. Recurso especial provido".

69. HÄSEMEYER, Ludwig. *Op.cit.,* p.268-269, onde afirma o autor que "Eine eigenverantwortlich konzipierte oder wenigstens erleichterte Rückkehr zum gewissen materiellen Recht ist dem Streit bis zur letzten Konsequenz in aller Regel vorzuziehen. Deshalb wird mit vollem Recht die Bedeutung der zivilrechtlichen Freiheitsvermutung *('in dubio pro libertate')* auch für den (Zivil-) Rechtsstreit hervorgehoben".
70. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op.cit.,* p.333-334 e AROCA, Juan Montero. *Il processo civile "sociale" come strumento..., Op.cit.,* p.573-575 afirmam essa impossibilidade mesmo para o Processo Penal.
71. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op.cit.,* p.72; HENKE, Albert. *Op.cit.,* p.832-833; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A função social do processo...", *Op.cit., loc.cit*.
72. Neste sentido, na doutrina estrangeira, Cf. WALDER, H.U. *Op.cit.,* p.5. No Brasil, por todos,TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, Vol.2, 25 ed., 2003, p.438: "o Direito atual cria três funções processuais que devem ser desempenhadas pelos sujeitos processuais: o que concede a proteção jurídica, o autor e o réu".
73. Com referência a este caráter político, discriminante dos modelos acusatório e inquisitório, Cf. GUINCHARD, Serge e BUISSON, Jacques. *Op.cit.,* p.46.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION118 118 4/10/2007 14:38:56

do processo penal de jaez acusatório pela bandeira da preservação da imparcialidade do magistrado.[74] Pensamos, ao contrário, que o real mote para a migração do sistema inquisitório ao sistema acusatório foi o premente reclamo por uma preservação das liberdades individuais e pela contenção do "super-juiz", a figura que tinha, outrora, como lembra Schmid, uma abundância de poder (*Machtfülle*), concentrando muitas funções processuais.[75]

Neste sentido é que se desenvolveu o Processo Penal acusatório, ávido para ganhar ares mais democráticos, desprendendo-se de certas amarras do autoritarismo típico do modelo inquisitório.[76] Antes de preocupar-se com qualquer questão referente à imparcialidade do juiz, a verdadeira justificativa para o sistema acusatório é a necessidade de contenção de poder do juiz totalitário, que investiga, acusa e julga, congregando todas as funções processuais e se tornando senhor absoluto de seu feudo persecutório.[77]

A questão não deve ser colocada no plano da imparcialidade, mas sim em relação à impartialidade, estudando-se quais funções cabem a qual sujeito processual.

Como visto, o modelo acusatório proíbe confusão de funções e cria incompatibilidades entre determinados sujeitos e certos papéis a serem desempenhados no processo, sobretudo entre acusação e julgador, mas certamente também não se admite a promiscuidade funcional entre outros sujeitos também, o que, de algum tempo, vem sendo afirmado pela doutrina[78] e jurisprudência.[79] Assim, por

74. Neste sentido, Cf.GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 6 ed. 1999, p.243; GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais..., Op.cit.,* p.95-96; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres.* Rio de Janeiro: Forense, 8 ed., 1999, p.43-44; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op.cit.,* p.441-442.
75. O Conselho Constitucional francês já teve oportunidade de afirmar que: "en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle". Décision nº 95-360 DC de 2 de fevereiro de 1995, disponível em http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1995/95360dc.htm, acessado em 15.01.2007. Na doutrina, SCHMID, Niklaus. *Op.cit.*, p.50.
76. BINDING, Karl. *Op.cit.*, p.19-22.
77. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op.cit.,* p.102 e 107, onde afirma que: "O processo penal acusatório é expressão de um Estado liberal-democrático, enquanto o processo de tipo inquisitório é ligado a regimes autoritários. Aliás, Julio Maier, apontando a íntima ligação entre o Processo Penal e a natureza do Estado que o institui, afirma que a característica fundamental do processo inquisitivo é a concentração de poder nas mãos de uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas. Em contrapartida, o sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenere em abuso".
78. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993, p.15-17.
79. STF – 1ª Turma – HC 82.507-9-SE – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 19.12.2002, p.766 e seguintes, onde foi estabelecida, com base no modelo acusatório, uma repartição de funções entre os órgãos judiciário, de acusação e investigação policial.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION119 119 4/10/2007 14:38:57

exemplo, a adoção de medidas restritivas dos direitos de liberdade individual dependem de manifestação judicial e são cometidas a este sujeito do processo – o Estado-juiz – por nosso sistema processual penal.[80]

Nesse contexto, parece quase que evidente enunciar que não é o fato de praticar diligências na fase pré-processual que torna o magistrado necessariamente parcial.[81] Este é um resultado apenas eventual da delibação nas questões de mérito, não existindo como conseqüência natural e automática.[82] Se assim não fosse, não haveria possibilidade de decretação de prisão cautelar de ofício por parte do juiz (art.312 do CPP), que o transformaria necessariamente em um julgador com convicção viciada. Também seria impossível pensar na concessão de *habeas corpus* de ofício (art.654 do CPP), pelo mesmo motivo, só que no sentido da absolvição.

E é esta análise crítica de quem são os sujeitos que devem ser incumbidos de cada função que faz duvidar da constitucionalidade de algumas disposições, as quais, *primu ictu oculi*, parecem não se coadunarem com a divisão de trabalho entre as personagens do processo penal: as faculdades do juiz de requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º,II do CPP) e alterar a demanda (art. 384, *caput* do CPP), ambas vocacionadas para o órgão de acusação;[83] a possibilidade do delegado de polícia decidir sobre questões eminentemente jurisdicionais como

80. Na Suíça, SCHMID, Niklaus. *Op.cit.*, p.39: "*Freiheitsentziehende Strafen (auch Haft bei Übertretungen) oder Massnahmen dürfen demgemäss nur von einem Gericht ausgesprochen werden*".

81. Em outros ordenamentos, órgãos acusatórios podem efetivar e ordenar medidas cautelares restritivas, até mesmo de prisão, o que denota a necessidade de atentar para as especificidades das incompatibilidades funcionais, alteráveis de acordo com variáveis organizacionais e opções legislativas em cada país.

82. Alguns ordenamentos europeus, como visto na nota n.43, evitam a submissão das cautelares e do mérito ao mesmo juiz, fazendo-o com base em mera possibilidade ou risco de que haja a parcialidade. Trata-se de opção legislativa e não de uma conseqüência automática do exercício funcional. Neste ponto, houve uma virada na jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, sobretudo no decidido nos casos Cubber v. Bélgica e Hauschildt v. Dinamarca. Disse a Corte: "Attendu que, de toute manière, les principes et la règle invoqués par le moyen n'ont pas la portée que celui-ci leur prête; Attendu que de la seule circonstance qu'un juge a instruit la cause comme juge d'instruction, on ne peut déduire une violation du droit du prévenu à un tribunal impartial; qu'on ne peut légitimement redouter que ce juge ne présente pas les garanties d'impartialité auxquelles tout prévenu a droit" (Cubber v. Bélgica – Requête n. 9186/80, julgado em 26 de outubro de 1984, série A, n.86, parágrafo 20). "En outre, les questions qu'un magistrat doit trancher de la sorte avant les débats ne se confondent pas avec celles qui dicteront son jugement final. En se prononçant sur la détention provisoire et sur d'autres problèmes de ce genre avant le procès, il apprécie sommairement les données disponibles pour déterminer si de prime abord les soupçons de la police ont quelque consistance; lorsqu'il statue à l'issue du procès, il lui faut rechercher si les éléments produits et débattus en justice suffisent pour asseoir une condamnation. On ne saurait assimiler des soupçons à un constat formel de culpabilité. Qu'un juge de première instance ou d'appel, dans un système comme le danois, ait déjà pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut donc passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité". (Hauschildt v. Dinamarca – Requête nº10.486/83 – julgado em 24.5.89, parágrafo 50)

83. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op.cit.,* p.10.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION120 120 4/10/2007 14:38:57

a fiança (art. 322 do CPP); as disposições que atribuem às autoridades policiais o requerimento ("representação") para a execução de medidas cautelares (art. 2º da Lei 7.960/89, art. 3º da Lei 9.296/96, art.4º da Lei 9.613/98, art.60 da Lei 11.343/06), dentre outras.

5. CONCLUSÃO: POR UMA TEORIA DA ADEQUAÇÃO E INCOMPATIBILIDADE DE FUNÇÕES

Após toda a exposição precedente, na tentativa de apartar os conceitos de imparcialidade e impartialidade, ainda caberiam muitas outras considerações sobre a divisão de funções processuais.

Com efeito, se a repartição de tarefas e poderes é uma garantia diversa da imparcialidade, com conseqüências processuais também diferentes, seria de bom alvitre tentarmos estabelecer parâmetros para aferir se, quando e como poderiam cada um dos sujeitos do processo atuar legitimamente. Quais atividades devem ser cometidas a qual personagem? Como aferir as incompatibilidades funcionais? Pensamos que os critérios dessa análise deveriam ser dispostos na lei, mas nada impede que sejam extraídos judicialmente da análise das prescrições normativas do ordenamento. Devem permear o direito material e o ato por praticar no caso concreto, atentando também para certas peculiaridades (a fase processual, o tipo de procedimento, etc.). Não é tarefa simples, sendo quase intuitiva a afirmação de que os parâmetros para indicar a *adequação* de uma função processual a um sujeito são mais tênues do que aqueles aptos a permitir uma conclusão pela negativa, no sentido da *incompatibilidade*.

Mas são considerações para outra oportunidade. Certamente que já nos alongamos muito e reflexões desta natureza exigiriam estudo específico e amadurecimento das idéias iniciais aqui expostas. Esperamos, contudo, lançar bases para que haja um maior tratamento dogmático do tema, esperando que os mestres nos apontem os caminhos a seguir e quais os paradigmas a balizar o enquadramento funcional dos sujeitos do processo. Por estes, aguardamos, tão ansiosos quanto o paciente leitor destas linhas.

6. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no Processo Civil*, in: Revista Forense,* outubro de 1940.

ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento.* São Paulo: RT, 5a Ed., 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION121 121 4/10/2007 14:38:57

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979.

AROCA, Juan Montero. Il processo civile 'sociale' come strumento di giustizia autoritaria, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LIX, n.2, abril-junho de 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo, *in: Revista de Processo,* nº 37. São Paulo: RT, 1985.

_____. A revolução processual inglesa, *in: RePro,* Ano 29, vol.118, novembro-dezembro, 2004.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *in: Temas de Direito Processual* – 7ª Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *Introducción al estudio del processo. La psicologia y la sociologia del proceso.* Buenos Aires: Depalma, 1983.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção *"iura novit curia", in: RePro,* n.3.

BAUR, Fritz e GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozeßrecht.* Kriftel: Luchterhand, 10. Auflage, 2000.

BEZERRA, J. Miguel, SAMPAIO, E. Nora e VARELA, Antunes. *Manual de Processo Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 2 ed., 1985.

BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts.* Leipzig: Duncker & Humblot, 5 ed., 1904.

BUISSON, Jacques e GUINCHARD, Serge. *Procédure Pénale.* Paris: Éditions Litec, 2 ed., 2002.

BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen.* Aalen: 1969, Reedição da original (publicada em Giessen, 1868).

CABRAL, Antonio. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LX, N.2, aprile-giugno, 2005.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *in: RePro,* Ano 30, n.126, agosto de 2005.

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2 ed., 2000.

CHIARLONI, Sergio. Relazioni tra le parti, i giudici e i difensori, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LIX, n.1, janeiro-março de 2004.

COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. "El derecho a un juez imparcial", disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp? codigo=520, acessado em 15.01.2007.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Montevideo: Editorial B de F, 4 ed., 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil.* São Paulo: RT, 2 ed., 2001.

DELGADO, José Augusto. Sujeitos do processo, *in: RePro,* n. 30.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* São Paulo: Malheiros, 9 ed., 2001.

_____. *Litisconsórcio.* São Paulo: Malheiros, 7 ed., 2002.

GÁSPÁRDY, László. "Le relazioni tra le parti, i giudici e gli avvocati nel processo civile ungherese", *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LVII, n. 4, outubro-dezembro, 2003.

GOTTWALD, Peter, ROSENBERG, Leo e SCHWAB, Karl-Heinz. *Zivilprozeßrecht.* München: CH Beck Verlag, 15. Auflage, 1993.

GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo: o processo justo, *in: Revista Jurídica,* n.305, março de 2003.

_____. *Jurisdição voluntária moderna.* São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 6ª Ed. 1999.

GRUNSKY, Wolfgang e BAUR, Fritz. *Zivilprozeßrecht.* Kriftel: Luchterhand, 10. Auflage, 2000.

GUINCHARD, Serge e BUISSON, Jacques. *Procédure Pénale.* Paris: Éditions Litec, 2 ed., 2002.

HABSCHEID, Walther J. Richtermacht oder Parteifreiheit. Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozeßrechts, *in: Zeitschrift für Zivilprozeß,* 81. Band, Heft 3-4, 1968.

_____. *Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht.* Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2 ed., 1990.

HÄSEMEYER, Ludwig. Beteiligtenverhalten im Zivilrechtsstreit, *in: Zeitschrift für Zivilprozess,* 118. Band, Heft 3, 2005

HENKE, Albert. Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale civile austriaco, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LVIII, N.3, julho-setembro, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres.* Rio de Janeiro: Forense, 8 ed., 1999.

JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht.* München: C.H.Beck Verlag, 28 ed., 2003.

MALESHIN, Dmitry. O novo código de Processo civil russo de 2002, Trad. José Carlos Barbosa Moreira, *in: RePro,* n.121.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile.* Torino: G.Giappichelli, 30 ed., vol.I, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão.* São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento.* São Paulo: RT, 5 ed., 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 2 ed., vol. I, 1974.

MARUFFI, Rita. L'art. 111 Cost. e l'incompatibilità del giudice nel processo civile, *in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LVII, n. 4, outubro-dezembro, 2003.

MONTELEONE, Girolamo. *Compendio di Diritto Processuale Civile.* Padova: CEDAM, 2001.

MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche und Prozessuale Parteipflichten.* Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 2001.

NERY JR, Nelson. Imparcialidade e juiz natural: opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado, *in:* MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, *in: Ajuris* n.90, junho de 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 3 ed., 2004.

REISCHL, Klaus. Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit – ein Beitrag zu §139 Abs.1 ZPO, *in: Zeitschrift für Zivilprozeß,* 116. Band, Heft 1, 2003.

ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl-Heinz, GOTTWALD, Peter. *Zivilprozeßrecht.* München: CH Beck Verlag, 15. Auflage, 1993.

SALVANESCHI, Laura. *Sull'imparzialità dell'arbitro, in: Rivista di Diritto Processuale,* Anno LIX, n. 2, abril-junho de 2004.

SAMPAIO, E. Nora, VARELA, Antunes e BEZERRA, J. Miguel. *Manual de Processo Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 2a Ed., 1985.

SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht.* Zürich: Schulthess, 4 ed., 2004.

SCHWAB, Karl-Heinz, GOTTWALD, Peter, ROSENBERG, Leo. *Zivilprozeßrecht.* München: CH Beck Verlag, 15. Auflage, 1993.

SEIZELET, Éric. *Justice e magistrature au Japon.* Paris: PUF, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de Processo Civil, *in: Revista Forense,* n. 261, janeiro-março, 1978.

THIELE, Carmen. Der Menschenrechtsschutz in den GUS-Staaten, *in: Osteuropa Recht,* 47. Jahrgang, Heft 4-5, Out., 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, Vol. 2, 25 ed., 2003, p.438:

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993.

VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e SAMPAIO, E. Nora. *Manual de Processo Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 2 ed., 1985.

WALDER, H.U. *Die Offizialmaxime: Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozeßrecht.* Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973.

ZEGARRA, Fernando Ugaz. El principio de imparcialidad y el Ministério Público, artigo disponível em http://www.bibliotecal.org.pe/foro2/principio%20de%20imparcialidad.htm, acessado em 15.01.2007.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION124 124 4/10/2007 14:38:58

CAPÍTULO VI

O FORMALISMO-VALORATIVO
NO CONFRONTO COM O FORMALISMO EXCESSIVO

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*

Sumário: 1. Introdução – 2. Definição de formalismo – 3. A nova concepção do formalismo-valorativo – 4. O formalismo excessivo e as ferramentas para o seu combate – 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Em outra sede, procurei analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aflitivo problema que assola o direito processual, preocupado com a adequada realização do direito material e dos valores constitucionais [1]. No presente ensaio não só tento refinar aquelas idéias, dando-lhes maior objetividade e praticidade, como também desenvolver mais amplamente os conceitos ali lançados.

Começo conceituando o que seja formalismo, para extremá-lo da concepção nova por mim elaborada de formalismo-valorativo. Estabeleço depois os principais valores e princípios com que deve trabalhar o processo. Finalmente, à luz dessas premissas proponho soluções para combater o excesso de formalismo. Essa tarefa parece-me da maior importância, no atual ambiente em que se processa a administração da justiça no Brasil, em que muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão judicial adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do nosso desenvolvimento, ou então a parte insiste em levar às últimas conseqüências as exigências formais do processo.

2. DEFINIÇÃO DE FORMALISMO

O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal

---

(*) Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela USP; Desembargador aposentado do TJRS e advogado em Porto Alegre e Brasília.

1. *Do formalismo no processo civil,* 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2003, passim.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION125 125 4/10/2007 14:38:58

do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, po tanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento.[2] Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limtes ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário.[3] Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado[4]. Pondere-se, dentro dessa linha, que a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitar a igual realização do direito material, na medida em que a discrição do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito.[5] Não bastasse isso, se constrangido o órgão judicial de cada processo a

2. Destaca Cândido R. Dinamarco, A Instrumentalidade do processo, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, *Revista dos Tribunais,* 1990, n. 28, p. 252, que "ao reduzir as opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo, o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos".
3. O fenômeno foi assinalado corretamente por Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, vol. III, Aalen, *Scientia Verlag,* 1968, § 50, p. 25-26 (reprodução inalterada da 5 ed. de Leipzig de 1906).
4. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts,* cit., (reprodução inalterada da 5 ed. de Leipzig de 1898), vol. II, tomo II, § 45, p. 470-471, no exaustivo estudo histórico que empreendeu sobre o formalismo em geral, depois de ressaltar a particular relação entre forma e liberdade, duas idéias fundamentais do direito romano, e de destacar que o mais completo desenvolvimento da era da liberdade marca também o reinado mais tirânico do rigor formal, cedendo sua severidade somente quando a liberdade passou a desaparecer, conclui essas considerações com a frase célebre: "A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade" ("Die Form ist die geschoworene Feindin des Wilkür, die Zwillingsschwester der Freiheit"), que ainda hoje merece atenção.
5. Assim, F. Baur, Funktionswandel des Zivilprozesses? *in: Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht,* Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, p.177-193, esp. p. 186-187. Eike Schmidt,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION126 126 4/10/2007 14:38:58

elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprios princípios com a finalidade de dar forma ao procedimento adequado, permaneceria inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual.[6]

O formalismo processual controla, por outro lado, os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si.[7] O fenômeno oferece duas facetas: *no plano normativo*, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; *no plano do fato*, ou seja do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro.[8] O justo equilíbrio presta-se, portanto, para atribuir às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, de modo a que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz, faceta assaz importante da própria garantia fundamental do contraditório. Embora se cuide aqui de um postulado lógico, não se pode deixar de reconhecer que sua realização é garantida apenas pela forma em sentido amplo.[9] Aspecto significativo do processo concerne à determinação dos fatos, pois, em princípio, não é possível fixar o direito adequado à solução da controvérsia sem investigar o suporte fático descrito pelo texto normativo

Der Zweck des Zivilprozess und seine Ökonomie, Tübingen, Athenäum, 1973, n. 3.2, p. 40-41, defende também o positivismo do direito procedimental, argumentando que o controle do resultado material obtido no processo só é assegurado quando as formas previstas de investigação fática e jurídica tenham sido totalmente observadas, com o que se garante também a legítima influência das partes no curso concreto do procedimento, pois é objeto do processo o seu conflito social e não qualquer outro. Aduz, ainda, ser do interesse de todos os participantes – tanto das partes quanto das instâncias de controle – que se possa confiar na observância de um caminho procedimental formalizado, pois o processo declarativo faltaria a sua finalidade sem a correta investigação da base concreta do conflito.

6. Segundo a justa observação de Hans Schima, Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 7(1953):757-772, esp. n. 3, p. 761-762. Na mesma passagem, o conhecido professor da Universidade de Viena ressalta também que se o processo fosse organizado discricionariamente pelo juiz não se poderia prever o seu curso, faltando as garantias necessárias para seu desenvolvimento.
7. Acertadamente, afirma Hans F. Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, *Archiv für die Civilistische praxis,* 168(1968):27-62, esp. p. 38-39, reportando-se a Bötticher, que é sempre indispensável um determinado formalismo judicial, pois "só assim é garantida a igual atividade das partes, isto é, o princípio da paridade de armas no processo concreto, como também uma determinada previsibilidade de todo procedimento".
8. Cf. Giovanni Fabrini,Potere del giudice (dir. proc. civ.), *in: Enciclopedia del diritto,* 34(1985):721-744, esp. n. 2, p. 723.
9. Como observa Alois Troller, *Von den Grundlagen des zivilprozessualen formalismus,* Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945, § 2, 4, p. 17.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION127 127 4/10/2007 14:38:58

norma, dito como incidente e da qual se reclama aplicação.[10] Daí também a influência do formalismo na formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa.

3. A NOVA CONCEPÇÃO DO FORMALISMO-VALORATIVO

Das considerações até agora realizadas, verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo.

De notar, ainda, que os verbos ordenar, organizar e disciplinar são desprovidos de sentido se não direcionados a uma determinada finalidade. O formalismo, assim como o processo, é sempre polarizado pelo fim.

Desses aspectos fundamentais do fenômeno do formalismo é indissociável outra reflexão: o processo não se encontra *in res* natura, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. Ora, falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são a-históricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana, em suma. Segundo a original elaboração de Rickert, além de constituir elemento de ligação entre os mundos do ser e do dever-ser, a cultura "é o complexo rico e multifacetado reino da *criação* humana, de tudo aquilo que o homem consegue arrancar à fria seriação do natural e do mecânico, animando as coisas com um sentido e um significado, e realizando através da História a missão de dar valor aos fatos e de humanizar, por assim dizer, a Natureza",[11] Por isso mesmo mostra-se totalmente inadequado conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário.[12] A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e,

10. Aspecto ressaltado já em 1914 por Calamandrei, La genesi logica della sentenza civile, in *Opere giuridiche* (aos cuidados de Mauro Cappelletti), Napoli, Morano, 1965, vol. I, p. 11-54, esp. p. 25: "(...) non si puó tuttavia negare che nella gran maggioranza dei casi la bontà della sentenza sta in diretta relazione col grado di acuratezza posto dal giudice nell'indagare esattamente il rapporto di fatto".
11. Rickert, Ciência cultural y ciência natural, p. 23 e ss., apud Miguel Reale, *Fundamentos do direito,* 3 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 179.
12. Friedrich Stein, no prefácio aposto à 1 ed. de seus *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts,* reproduzido na 3 ed., atualizada por Josef Juncker, com necrológio de Richard Schmidt, Tübingen,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION128 128 4/10/2007 14:38:58

então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial.

Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade. Por essa razão, ressalta-se entre nós, com grande propriedade, que no processo "se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento". Esses fatores determinam com que nele se reflita "toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade".[13] Por conseqüência, mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo no fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias. Ademais, o seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental.[14] Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado,[15] a significar

J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1928, p. XIV, chegou a pregar que "der Prozess ist für mich das 'technische Recht' in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselden Zweckmässigkeiten beherrscht, der Ewigkeistwerte bar" (o processo é para mim 'direito técnico' em sua mais aguda manifestação, dominado por conveniências cambiáveis, sem valor permanente). A bem da verdade, contudo, não se pode deixar de registrar que o próprio Stein em 1893 reconhecera, de modo significativo, que "o processo nunca pode estar a frente da sabedoria de seu tempo e de seu povo" ("Auch der prozess kann nirgends der Erkenntniss seiner Zeit und seines Volkes voraus sein"). Friedrich Stein, Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1893, Aalen, Scientia Verlag, 1987, § 2, p. 31.

13 Galeno Lacerda, Processo e Cultura, *Revista de Direito Processual Civil*, 3(1962):74-86, esp. p. 75, que pondera ainda: "Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes. Ele, na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização". Também Cândido R. Dinamarco, A Instrumentalidade, cit., p. 217, aduz ser indispensável, na determinação dos fins do Estado e (conseqüentemente) dos escopos da jurisdição, ter em vista as necessidades e aspirações de seu povo, no tempo presente, entrando aí o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de Justiça e, particularmente, de Justiça social.

14. Acerca das estratégias governamentais de exercício do poder estatal e suas relação com o processo, a reflexão importante de Carlos Augusto Silva, *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil,* Rio de Janeiro, Renovar, 2004, passim.

15. Cf. Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses,* cit., p. 32. Idéia semelhante, aliás, era defendida já por Rudolf Pollak, *Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes*, 2 ed., Wien, Manz, 1932, p. III,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION129 129 4/10/2007 14:38:59

essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social.

Além disso, não só as formas externas, por meio das quais se desenvolve a administração da justiça, mas também os métodos lógicos empregados para o julgamento exibem valor contingente, a ser estremado consoante as circunstâncias de dado momento histórico, influenciando inclusive na conformação do processo.[16]

Não se pode negar, por outro lado, o aproveitamento de *técnicas* e soluções para problemas comuns, não obstante a diversidade de valores entre os povos. Isso se dá principalmente em virtude de uma base comum a todos os homens e o conseqüente estabelecimento de uma ponte entre eles, com intercomunicação de culturas no tempo e no espaço [17]. Intercomunicação esta que tende a se tornar cada vez mais hiperativa, não só pela facilidade de comunicação característica da fase atual da história da humanidade mas pela própria globalização da economia, propulsionadora da adoção de um modelo técnico único. O formalismo, contudo, exatamente porque fenômeno cultural, informado por valores, não se confunde com a técnica, que é neutra a respeito da questão axiológica.[18]

Postas essas premissas, é preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo. E isso porque seu poder ordenador,

---

para quem o direito processual civil constitui, em muitos aspectos, uma das mais importantes partes do direito constitucional. A respeito, ainda, C. A. Alvaro de Oliveira, O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, *Revista Forense,* 372(mar.abr./2004):77-86.

16. Como ressalta com acerto P. Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile, *in: Opere Giuridiche,* vol. IV, Napoli, Morano, 1970, § 8º, p. 34. Sobre a influência da lógica na conformação do processo, o ensaio seminal de Nicola Picardi, Processo Civile (dir. moderno), *in: Enciclopedia del Diritto,* vol. 36, Milano, Giuffrè, 1987, p. 110-117.
17. Assim filosofa, argutamente, Isaiah Berlin, A busca do ideal, in: *Limites da utopia (Capítulos da história das idéias),* organização de Henry Hardy, trad. Valter Lellis Siqueira, São Paulo, Companhia das Letras, 1991, p. 21, ponderando ainda que os fins e os princípios morais são variados, mas não infinitamente variados: eles devem situar-se nos limites do horizonte humano.
18. A esse respeito, observa Del Vecchio, *L´homo juridicus,* Roma, 1936, p. 11, apud Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho,* 4 ed., Mexico, Porrua, 1951, p. 13, que as regras técnicas constituem os meios obrigatoriamente empregados para se conseguir um propósito, mas não prejulgam se é lícito, obrigatório ou ilícito propor-se o fim de que se trate. A técnica, prossegue,nada tem a ver com o valor das finalidades a que serve, pois concerne exclusivamente aos procedimentos que permitem realizá-las, sem se preocupar por esclarecer se são boas ou más. Apreciar o mérito dos fins do indivíduo é problema ético, não técnico.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION130 130 4/10/2007 14:38:59

organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão.

Ao meditar-se nos fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, po tanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*). Os dois primeiros estão mais vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles. A par desses valores específicos, mostram-se ainda significativos para o processo os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual.

A efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios. Poder-se-ia dizer, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça do caso. Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. Assim, por exemplo, o exercício do direito de defesa, garantia ligada à segurança, não pode ser excessivo nem desarrazoado. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer. Na verdade, garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir

A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, *caput*), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade.[19]

19. Sobre o ponto, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo,* 5 ed., São Paulo, RT, 1989, p. 103-108, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição,* Coimbra,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION131 131 4/10/2007 14:38:59

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas,[20] o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).

De mais a mais, o desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, da penalização da vida social e política exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos de desenvolvimentos sociais cada vez mais complexos e de evoluções cada vez mais incertas [21]. Numa visão mais abrangente, a ultrapassar o campo estrito do direito processual, o princípio da segurança jurídica encontra-se ligado a duas exigências: qualidade da lei e previsibilidade do direito. Para Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux [22], decorrem da primeira os seguintes princípios: de claridade, acessibilidade, eficácia e efetividade (confusão entre dois valores antagônicos). Da segunda, os seguintes princípios: da não-retroatividade da lei, da proteção dos direitos adquiridos, da confiança legítima e da estabilidade das relações contratuais.

Advirta-se, porém, que o jurista deve observar a ordem jurídica, atento ao valor da segurança jurídica, sem confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *statu quo.* Cumpre não identificar, outrossim, o valor da segurança jurídica com a "ideologia" da segurança, que tem por objetivo o imobilismo

---

Coimbra ed., 1991, p. 82-85. Walther J. Habscheid, Droit Judiciaire Privé Suisse, Genéve, Librairie de L´Université, 1981, § 50, I, p. 306, tratando da autoridade da coisa julgada, menciona que o Tribunal Federal Constitucional Alemão (BverfGE 15, 319) sublinhou que o Estado de Direito tem como tarefa preservar a segurança do direito.

20. Para a Corte Européia dos Direitos do Homem, "consoante o princípio da igualdade de armas – um dos elementos da noção mais ampla de processo eqüitativo –, deve ser oferecida a cada uma das partes a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições tais que não a coloquem em situação de desvantagem em relação à outra": Assim, v.g., arestos Dombo Beheer B.V vs. Países-Baixos, de 27.10.1993, série A, nº 274, § 33, Bulut v. Áustria, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47, Foucher vs. França, de 17.3.1997, § 34, Kuopila vs. Finlândia, de 27.4.2000, apud Silvio Marcus-Helmons, Quelques aspects de la notion d´égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l´homme), in Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice, *in: Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 68.

21. Cf. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux,* Paris, LGDJ, 2002, p. 703, que ressaltam o emprego substancial desses conceitos tanto pelo juiz constitucional francês quanto pelo juiz ordinário.

22. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel,* cit., p. 704-718.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION132 132 4/10/2007 14:38:59

social. Não se trata, também, de identificar o Estado com a ordem, e a lei com a justiça, subprodutos do positivismo, com o que se impediria o acolhimento de qualquer direito não-estatal, bem como a absorção dos reclamos de justiça do povo, a menos que com o expresso beneplácito do legislador. Essa percepção da realidade social revela-se míope e não desejada. A manutenção da ordem jurídica só pode ser realizada mediante questionamentos e aperfeiçoamentos, em consonância com a racionalidade, que certamente passa pelo Estado, mas que vai além dele, atenta aos direitos construídos pelo processo histórico [23].

É preciso levar em conta, ademais, que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, mormente porque todo o processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

A sua vez, a efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. Além disso, as dificuldades temporais atuais na administração da justiça e a mudança qualitativa dos litígios justificam o inaudito elastecimento da tutela cautelar em nossa época, assim como a concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo do pretendido direito.[24] Advirta-se, além disso, que a efetividade vigora seja em relação ao direito já lesionado seja quanto aquele simplesmente ameaçado (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV), abrangendo assim a tutela preventiva substancial e definitiva, além da meramente provisória ou temporária.[25] Além disso, a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema

23. Reproduzimos, com algumas alterações, a lição exemplar de Plauto Faraco de Azevedo, Poder Judiciário e justiça social, *Revista da Ajuris,* 63 (mar./1995):5-16, esp. p. 14.
24. Assinale-se, por exemplo, a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, consubstanciada no artigo 273 e respectivos parágrafos do CPC e as alterações neles introduzidas pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002.
25. Sobre essa instigante problemática, ver J. C. Barbosa Moreira, Tutela sancionatória e tutela preventiva, *in: Temas de Direito Processual,* 2 série, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 21-29.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION133 133 4/10/2007 14:39:00

possivelmente amplo e articulado de garantias "formais" e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

Nessa linha de entendimento, a Corte Européia dos Direitos do Homem em vários pronunciamentos vem proclamando que a Convenção Européia dos Direitos do Homem ostenta por finalidade proteger direitos não mais "teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos".[26]

Para a Corte, a efetividade supõe, além disso, que o acesso à justiça não seja obstaculizado pela complexidade ou custo do procedimento. Tal implica que as limitações, sempre deixadas à margem de apreciação dos Estados nacionais, não podem em nenhum caso restringir o acesso assegurado ao litigante de tal maneira que seu direito a um tribunal seja atingido em sua própria substância, devendo ser observada "uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado". Ainda segundo o Tribunal, o litigante não deve ser impedido "de empregar um recurso existente e disponível", proibindo-se todo "entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal".[27]

Impõe-se ressaltar, outrossim, que nos dias atuais vários fatores vêm determinando uma maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança. Um dos aspectos relevantes é a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais. Outro fator significativo é a própria adoção dos princípios e sua constitucionalização, fenômeno que se iniciou após o término da Segunda Guerra Mundial. A anterior tramitação fechada e a minúcia regulamentadora das atuações processuais (excesso de formalismo) dos códigos processuais, formados em período autoritário ou informados por ideologia dessa espécie, servia ao fim de controle da jurisdição e dos agentes forenses pelo centro do poder político, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito. Tudo veio a mudar com a emergência dos princípios, considerados nessa nova perspectiva como direitos fundamentais, que podem e devem ter lugar de destaque na aplicação prática do direito, sobrepondo-se às simples regras infraconstitucionais.[28]

---

26. Arestos de 24.7.1968, no caso "lingüístico belga", série A, nº 6, p. 31, §§ 3 in fine e 4; Golder vs. Reino-Unido, de 25.2.1975, série A, nº 18, p. 18, § 35 in fine; Luedicke, Belkacem e Koç, de 28.11.1978, série A, nº 29, p. 17-18, § 41; Marckx, de 136.1979, série A, nº 31, p. 15, § 31, apud Bertrand Fravreau, *Aux sources du procès équitable: une certaine idée de la qualité de la Justice, in Le procés équitable,* cit., p. 11 e nota 3.
27. Arestos Levages Prestations Services vs. França, de 23.10.1996, *Recueil,* 1996-V, p. 1996-V, p. 1543, § 40, Brualla Gómez de la Torre vs. Agne, de 19.12.1997, § 33, Garcia Manibardo vs. Espanha, de 15.2.2000, apud Bertrand Fravreau, ob. cit., p. 11 e nota 8.
28. A respeito, Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil – conceito e princípios Gerais à luz do Código Revisto,* Coimbra, Coimbra ed., 1996, p. 74-76.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION134 134 4/10/2007 14:39:00

Essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. Assim, a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime [29]. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto.

Por outro lado, o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo.

Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinale-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação

29. Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel,* Paris, Dalloz, 2003, p. 408, nº 679.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION135 135 4/10/2007 14:39:00

mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.

Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão [30]. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual.

Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. E essa constatação ainda mais se reforça pelo reconhecimento de que todo direito litigioso apresenta-se incerto de forma consubstancial.

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental.[31] Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

Exemplo interessante da aplicação desse modo de ver encontra-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol. Para aquela Alta Corte, o dever

30. Assim, Eduardo Grasso, La Collaborazione nel Processo Civile, *Rivista di Diritto Processuale,* 21 (1966): 580:609, esp. p. 587. Para Grasso, o processo deve ultrapassar o simples escopo da paz jurídica, devendo também ser direcionado à busca da verdade e da justiça, objetivos só alcançáveis, segundo ele, mediante a colaboração entre as partes e o juiz.

31. Nesse sentido J. J. Gomes Canotilho, Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra,* 1990, p. 151-163, esp. p. 155, com amparo na sugestão do *status activus processualis,* formulada por P. Häberle.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION136 136 4/10/2007 14:39:00

judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a "(...) obrigação de proteção eficaz do direito fundamental (...)". O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria.[32]

4. O FORMALISMO EXCESSIVO E AS FERRAMENTAS PARA O SEU COMBATE

Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.

Para afastar as conseqüências nefastas do formalismo excessivo, pernicioso ou negativo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeça tal desvio de perspectiva.

Antes de nada, impõe-se atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma, principial ou não, que por hipótese é geral e abstrata. Realmente, o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação.[33] mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida. Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vi-

32. Cf. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva (Derechos y garantias procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución),* Barcelona, Bosch, 1994, p. 329, com menção a diversos precedentes (ob. cit., p. 329-330 e notas 72 a 77).
33. Ver a propósito o ensaio de Mauro Cappelletti, *Giudice legislatori?* Milano, Giuffrè, 1984, passim, onde a questão é amplamente discutida. O problema pertence à teoria geral do direito, ingressando no plano filosófico, e por isso escapa ao tema central do presente trabalho.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION137 137 4/10/2007 14:39:00

da, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. A sua vez, o juiz não é uma máquina silogística nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Impõe-se rejeitar a tese da mecanicista aplicação do direito [34]. Semelhante constatação mostra-se válida não só no plano estritamente jurídico, vinculado ao equacionamento de questões puramente de direito, como também na própria condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão. A esse respeito, observa-se de maneira exemplar que a maneira como opta o juiz no curso da seleção de informações leva a marca, estigmatizada, de sua versão pessoal. Mesmo a condução do processo nem sempre apresenta face uniforme, variando o ritmo imprimido a partir de elementos só encontradiços na marca individual gravada do magistrado na utilização dos instrumentos processuais, apesar da importância e do caráter cogente com que se lhe dão a produzir os procedimentos na manufatura das decisões e outras manifestações essenciais no manejo do processo.[35]

Talvez com maior evidência, também na formação e apreciação do material fático não se verifica uniformidade. Influem para esse resultado fatores vinculados à própria individualidade do ser humano. De um lado, as informações colhidas não só podem variar em qualidade ou quantidade, como serão acolhidas e selecionadas inevitavelmente do ponto de vista pessoal do juiz. Ainda que a lei processual busque imprimir desejável uniformidade, a regra só indica o caminho, mas não o passo do caminhante. O subjetivismo, outrossim, revela-se ainda mais presente no próprio conhecer do juiz, na sua atitude epistemológica em face dos fatos, a variar infinitamente conforme sua capacidade intelectual com vistas a compreender, selecionar e combinar as informações e delas extrair as devidas inferências. O mesmo sucede, provavelmente com maior intensidade, na avaliação do material recolhido, tarefa em que, nada obstante a vinculação axiológica do sistema, passam a pesar,

34. A respeito da problemática só podemos remeter o leitor às instigantes obras de Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione,* cit., e de Giuseppe Capograssi, *Il problema della scienza del diritto,* Roma, Foro Italiano, 1937, o primeiro preocupado com a estrutura lógica do processo jurisdicional e o segundo com a inesgotável riqueza da experiência jurídica. O problema é tratado, em tempos mais recentes, por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón – teoria del garantismo penal,* trad. Perfecto Andrés Ibañez et al., Madrid, Trotta, 1995, p. 172-175, passim, advertindo que "em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática; concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e condicionamentos do poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral".

35. Mônica Sette Lopes, *A eqüidade e os poderes do juiz,* Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 207-209.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION138 138 4/10/2007 14:39:00

ainda que de modo inconsciente, também os próprios valores do órgão judicial, desempenhando papel importante sua sensibilidade pessoal às nuanças do caso.[36]

Esse constante trabalhar do órgão judicial com a incapacidade de previsão pela lei de todas as hipóteses possíveis, com a generalidade da regra e ainda com fatores fáticos incertos e inconstantes, agravado pelos diversos graus de sua capacidade pessoal, tanto na coleta do material probatório quanto na sua seleção e avaliação, evidencia de forma bastante clara os riscos sempre presentes de um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso trazido a consideração. Aliás, a questão torna-se exatamente problematizada na passagem do abstrato ao concreto, quando podem se criar situações-limite, não previstas expressamente em lei, capazes de romper com o sentimento de justiça.

Claro, contudo, que a solução haverá de estar dentro do próprio sistema, pois, nessa matéria, como visto anteriormente, mostra-se inconveniente a atribuição de ampla liberdade ao órgão judicial. No domínio do direito processual, aliás, revela-se particularmente importante o papel do sistema, enquanto capaz de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.[37] Entendimento contrário desviaria a questão do plano metodológico para situá-la, de forma indesejada, no domínio da simples ideologia, terreno em que as circunstâncias concretas passam a ter um significado excessivo, tudo dependendo do contexto geral em que se inserem, consoante subjetiva valoração atribuída ao *status quo*.[38] O capricho pessoal, insista-se, não só poderia pôr em risco a realização do direito material (pense-se na hipótese de o juiz impedir, a seu bel-prazer, a realização de certas provas) como também fazer periclitar a igualdade das partes no processo, sem falar na afronta a garantias fundamentais do cidadão em face do arbítrio estatal. Nesse aspecto, influi também a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça.

---

36. Sobre esse aspecto da subjetividade da atividade do órgão judicial, ver Mônica Sette Lopes, *A eqüidade,* cit., p. 207 e nota 492, reportando-se à obra de Théodore Ivainer, *L'Interprétation des faits en droit (Essai de mise en perspective cybernétique des 'lumières du magistrat')*, com prefácio de Jean Carbonnier, Paris, LGDJ, 1988, merecedora de profunda meditação pelos novos ângulos oferecidos ao tema da interpretação judicial dos fatos.
37. Cf. a concepção de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito,* introdução e trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Gulbenkian, 1989, § 1º, II, 2, p. 23.
38. Este aspecto da questão é ressaltado com argúcia por Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico,* trad. Ernesto Garzón Valdés, revisão técnica Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 27-31. Ainda segundo o notável jusfilósofo, geralmente é considerado formalista quem está contra a mudança; se a mudança é progressiva, o formalista é conservador, se no sentido da reação ou da restauração, o formalista é progressista.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION139 139 4/10/2007 14:39:01

Todavia, esse mesmo sentimento de justiça – apanágio do verdadeiro juiz[39] – pode servir para eliminar a distância entre a abstração da norma e a concretude do caso trazido a juízo. O sentimento do justo concreto conduz ao problema da eqüidade com função interpretativa-individualizadora. Essa função da eqüidade constitui recurso normal posto à disposição do operador jurídico no processo de aplicação das normas, com vistas à ponderação das particularidades do caso.[40] Tal entendimento decorre de atividade conatural ao ato de julgar, expressa na compreensão *eqüitativa* da regra de lei, e mais amplamente do direito a aplicar no momento da decisão. Parece adequada a imagem de que nessa aplicação da regra legal, do direito *tout court*, o sistema funcione como uma *língua*, isto é, como um sistema de regras de uso das palavras da *linguagem* jurídica na qual se nomeiam os fatos a serem apreciados e julgados. E isso porque os significados expressos na língua jurídica, empregada na aplicação operativa do direito, são tão ambíguos e opináveis como as regras de uso da língua jurídica ditada pelas normas.[41]

Nessa perspectiva, o juízo de legalidade constata as características essenciais e comuns, enquanto o juízo de eqüidade ocupa-se com a compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual verificada, mas sempre levando em conta o sistema em que inserido. Assim, legalidade e eqüidade apresentam-se como dois aspectos distintos mas logicamente indissociáveis da linguagem jurídica e do significado dos signos nela empregados, de sorte que convivem numa relação necessária e inafastável, um não existindo sem o outro. No fundo, portanto, verifica-se uma falsa contraposição entre formalismo excessivo e informalismo arbitrário, já que todos os juízos são ou devem ser mais ou menos eqüitativos, ou iníquos, segundo o seu grau de compreensão das conotações específicas e diferenciadas da hipótese posta à apreciação do juiz.[42]

---

39. Calamandrei costumava recordar que a própria palavra *sentenza* vem de *sentire*, a par da palavra *sentimento*, e chamava a atenção constituir a justiça "criação que nasce de uma consciência viva, sensível, vigilante, humana. É exatamente esse calor vital, esse sentido de contínua conquista, de vigilante responsabilidade que é necessário prezar e desenvolver no juiz" (apud Cappelletti, Ideologie nel processo civile, in *Processo e ideologie*, Bologna, Il Mulino, 1969 p. 3, nota 1).
40. Esse entendimento é pacífico na doutrina brasileira. Neste sentido, podem ser mencionados, e.g., Mônica Sette Lopes, *A eqüidade,* cit., p. 75 e segs.; Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito,* 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 258-267; Wilson de Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil,* vol. I, cit., n. 57, p. 384; Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. I, cit., p. 318. No plano filosófico, a questão remonta a Aristóteles, *Ética Nicomáquea,* trad. esp. J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985, V, 10, 1137b, p. 263.
41. Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón,* cit., p. 56. Também a correlação entre a língua e a linguagem interna do sistema mostra-se essencial para a teoria hermenêutica preconizada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação,* São Paulo, Atlas, 1989, p. 231-281, assentada no teor da tradução.
42. Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón,* cit., p. 162-163.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION140 140 4/10/2007 14:39:01

Dentro de tal concepção, a eqüidade desponta como a justiça do caso concreto, como inarredável mediação entre o caráter abstrato do sistema e as exigências das hipóteses singulares e concretas. Transcende-se a justiça abstrata e genérica da lei para alcançar-se a justiça concreta e individualizada do caso, sai-se enfim da legalidade para ingressar no direito.

Por outro lado, em direito processual, mais ainda do que em outros ramos do direito, enquanto trabalho de adaptação do geral ao concreto, a eqüidade relaciona-se, intimamente, com os fins da norma e da própria finalidade do processo e da tarefa afeita à jurisdição. Embora o princípio mais alto seja o da justiça, por meio de uma igualdade de todos perante a lei, não se pode esquecer o caráter essencialmente finalístico do direito processual. Finalismo esse não voltado para si mesmo, pois inexiste formalismo em si, senão direcionado para os fins últimos da jurisdição.

A esse respeito, não se pode deixar de salientar que o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria. Processualmente, visa-se a atingir a um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à idéia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material.

Ademais, as formas processuais cogentes não devem ser consideradas "formas eficaciais" (*Wirkform*), mas "formas finalísticas" (*Zweckform*), subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais, a impedir assim o entorpecimento do rigor formal processual, materialmente determinado, por um formalismo de forma sem conteúdo. A esse ângulo visual, as prescrições formais devem ser sempre apreciadas conforme sua finalidade e sentido razoável, evitando-se todo exagero das exigências de forma. Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada "além da matéria", por não possuir valor próprio, devendo por razões de eqüidade a essência sobrepujar a forma. A não-observância de formas vazias não implica prejuízo, pois a lei não reclama uma finalidade oca e vazia. Na medida em que o ponto de vista da eqüidade concede espaço à discrição judicial, mesmo em se tratando de prescrições formais de natureza cogente, proporciona o instrumento para a superação da até então ameaçadora inflexibilidade da forma, mormente porque a eqüidade (segundo Radbruch) representa a justiça do caso concreto. Uma atitude livre também toma a visão da eqüidade contra a letra da determinação formal. Ela rejeita toda obediência cega ao Código. Por não serem reconhecidos princípios especiais restritivos na hermenêutica das normas

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION141 141 4/10/2007 14:39:01

formais, a interpretação não deve ser "mesquinha", mas o mais possível "generosa" e livre.[43]

Dentro dessa linha de orientação, decidiu o Tribunal Constitucional espanhol que "(...) as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo".[44] Certamente, sempre se verifica uma contraposição entre o ideal e o realizável, e aqui, como na política e em outros campos de atuação do humano, deve prevalecer o lema de que os fins não justificam os meios: o direito material não deve ser realizado à custa dos princípios e garantias fundamentais do cidadão. O informalismo só pode ocorrer se atendida a finalidade jurídica primacial do processo de realização do direito material, em tempo adequado e preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes. E isso porque tal preservação serve ao fim maior da justiça material da decisão, pois é bem possível, por exemplo, que o contraditório venha a demonstrar que a melhor solução não seria aquela imaginada pelo órgão judicial.

Impõe-se, portanto, a veemente rejeição do formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso.

Se a forma não é oca nem vazia, o que importa é o conteúdo não o nome do ato processual. Significativo avanço nesse campo decorreu da célebre decretal do Papa Alexandre III, de 1160, Livro II, tít. I, *de judiciis*, cap. VI, ao dispensar as partes de exprimir no libelo o nome da ação, bastando a proposição clara do fato motivador do direito de agir[45] e da qual exsurge princípio hoje fundamental: em direito processual, o nome atribuído à parte ao ato processual, embora equivocado, nenhuma influência haverá de ter, importando apenas o seu conteúdo. De outro lado, o seu invólucro exterior, a maneira como se exterioriza, também perdeu terreno para o teor interno.[46]

---

43. Max Vollkommer, *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit,* München, Beck, 1973, p. 10-12, 24-25, 26-27, 30, 32-39, *passim*.
44. Sentença 57, de 8.5.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Francisco Chamorro Bernal, *La tutela,* cit., p. 315. Adiante, ob. cit., p. 317, refere que o mesmo tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas num preparo de 327.846.
45. Mencionada por João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro,* 5 ed., adaptada por João Mendes Neto, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 133. Hans Karl Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Processe,* Leipizg, Tauchnitz,1859, Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip, Frankfurt a. M., 1969, § 7, p. 20, assim a reproduz: "Nomen actionis in libello exprimere pars non cogitur; debet tamen factum ita clare proponere, ut ex eo jus agendi colligatur".
46. Como sublinha Arwerd Blomeyer, *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren,* Berlin, Springer, 1963, § 30, IV, p. 139, nota 2, reportando-se à jurisprudência alemã, quando a lei exige determinadas declarações não é necessário, por tal motivo, o emprego de "palavras solenes e determinadas".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION142 142 4/10/2007 14:39:01

Por sua vez, tanto a organização do processo quanto o seu ordenamento e disciplina também não são destituídos de conteúdo. Ordem pela ordem não tem significado. Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o rigor formal ao caso, quando necessário para vencer o formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta. Dentro dessa visão finalista, bem ressalta a melhor doutrina brasileira que o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno encontra-se nos preceitos relativizantes das nulidades, integrando-se as regras referentes às nulidades no "sobredireito" processual, porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade.[47]

Aliás, cumpre advertir que rigor formal não significa interpretação "estrita" da lei processual.[48] Não só admissível interpretação sistemática e teleológica, como se impõe observada a mudança do sentido da lei pela alteração das idéias éticas fundamentais, devendo o trabalho hermenêutico jamais esquecer as linhas mestras do sistema constitucional, suas garantias e princípios, normas valorativas primaciais para a concretização de conceitos jurídicos indeterminados, preenchimento de lacunas e interpretação em geral da lei processual.[49]

De tudo que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo – relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente –, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo.

De tal sorte, o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre

47. Cf. Galeno Lacerda, O Código e o formalismo processual, *Revista da Ajuris,* 28(1983):7-14, esp. p. 11, e sua inspirada adaptação analógica do conceito de Ernst Zitelmann para definir as normas de direito internacional privado: direito sobre direito (*Recht über Recht*).

48. Sobre o ponto, Eduardo J. Couture, Interpretación de las leyes procesales, *in: Estudios de derecho procesal civil,* vol. III, 3 ed., Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 14-65, esp. p. 48, 49-50, 51-52, 58-59, 62-63, 64, dando adequado destaque aos princípios processuais na tarefa hermenêutica.

49. Assim, Rosenberg-Schwab *Zivilprozessrecht*, 12. Aufl., München, Beck, 1977, § 7, II, p. 30-31. Para eles a interpretação correta deve ser procurada pelo balanceamento dos princípios processuais e ético-jurídicos, como a igualdade de tratamento das partes, a clareza e segurança do procedimento, do rigor formal, da eqüidade, da tutela da boa fé, da economia processual, e de uma solução rápida e definitiva do processo assim como da economia de custos e de trabalho. Esse balanceamento pressupõe também a averiguação do interesse dos participantes e da sociedade. Nessa tarefa, as decisões contrárias materialmente ou lacunas valorativas da lei devem ser resolvidas construtivamente por meio de interpretação. Para isso devem ser empregados, principalmente, a analogia, o argumento *a contrario* e a redução teleológica. Se não encontrados pontos de apoio na lei, decide por último a própria valoração livre do intérprete com consideração das idéias de justiça dominantes na jurisprudência e na doutrina.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION143 143 4/10/2007 14:39:02

como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo.

Interessante aplicação do princípio da finalidade essencial vem sendo implementada pelos juízes de direito de Porto Alegre que geralmente convertem de ofício o procedimento sumário em ordinário. E a decisão decorre de interpretação construtiva do art. 244 do CPC, argumentando-se que, diante das dificuldades da estrutura judiciária, atingir-se-á de modo mais cabal a finalidade do processo sumário – uma mais rápida e eficiente solução da controvérsia judicial – com a adoção do rito ordinário. A solução, com ser engenhosa, parece estar dentro dos limites do sistema, ainda mais que aumenta as possibilidades de defesa do demandado e não implica qualquer prejuízo a algum princípio processual fundamental. Em suma, no caso, a efetividade serve à segurança e relativiza a eventual nulidade decorrente da alteração do procedimento. Nem se argumente com um eventual interesse público na preservação do rito, do *due process of law*, como um valor absoluto e abstrato. Como bem acentua Galeno Lacerda, certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser [50].

Outro exemplo notável desse trabalho de adaptação estampa-se no acórdão unânime da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça,[51] em que, à vista das circunstâncias especiais do caso concreto, afastou-se a decadência de ação rescisória, porque a intempestividade do recurso extraordinário, admitido por força de agravo, fora declarada um decênio depois, não tendo se dado por unanimidade e baseada em interpretação discutível. A ementa do julgado mostra-se bastante expressiva:

> Processo Civil. Ação rescisória. Recurso inadmitido por intempestividade. Início do prazo decadencial. Correntes. Exegese. Mesmo quando se perfilha a corrente segundo a qual o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória se conta do trânsito em julgado da decisão e não do acórdão que não conheceu, por intempestivo, do recurso, uma vez que a interposição extemporânea desse não elide o trânsito já consumado, circunstâncias especiais do caso concreto podem afastar o reconhecimento da decadência. A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.

50. Galeno Lacerda, O Código e o formalismo processual, *Revista* cit., p. 10.
51. REsp 299-RJ, relator Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28-8-1989, *RJSTJ*, 4(1989):1554-1562.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION144 144 4/10/2007 14:39:02

Por outro lado, constitui exemplo emblemático de formalismo excessivo a extinção do processo sem julgamento do mérito, depois de realizada a prova, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, somente por considerações de ordem formal, com absoluta prevalência do meio sobre o fim. Nessa fase adiantada do processo, nenhuma razão justifica o reconhecimento da inadequação da forma especial (por exemplo: a inadequação de ação regressiva pela via da denunciação da lide, por não se tratar de garantia própria, com introdução de fundamento novo ou matéria nova), se já existem todos os elementos necessários ao pronunciamento de mérito. Para que afrontar os princípios da efetividade e da economia processual e começar tudo de novo em outro juízo, quando já é possível o pronunciamento sobre o mérito, com a realização das finalidades essenciais do processo? Apenas por que a *forma* denunciação da lide não é admitida, e sim a *forma* ação autônoma de regresso? Todavia, o próprio Código dá resposta adequada à indagação. Consoante o disposto na regra contida no art. 250 do CPC, o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Mesmo assim, e o ponto é assaz importante, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Essas considerações também são válidas para a hipótese em que o autor, dispondo embora de título executivo extrajudicial, opte por propor ação de conhecimento. Como bem ressalta a respeito Humberto Theodoro Jr., soa falso, diante do processo civil contemporâneo, defender a carência de ação de cognição por parte do credor simplesmente em razão de dispor de título executivo extrajudicial que, de modo algum, o isenta de disputas e questionamentos no que se relaciona com o negócio jurídico subjacente. O interesse necessário ao manejo de qualquer ação está na necessidade que toca à parte de recorrer ao processo jurisdicional para evitar um dano jurídico. É a existência do litígio que representa essa possibilidade de dano. Como a previsão de execução forçada não impede a formação do litígio entre credor e devedor, continuam as partes – tanto o credor como o devedor – com a possibilidade de, antes ou independentemente da execução, recorrerem ao processo de conhecimento para obter o definitivo acertamento de suas posições jurídicas na ordem material [52]. Impende acrescentar a essas judiciosas observações que, tendo eventualmente tramitado o processo e atingido sua finalidade essencial, a sua extinção sem julgamento do mérito, por falta de interesse, implicaria no fundo formalismo excessivo, oco e vazio.

52. Humberto Theodoro Jr., Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e a ação ordinária de cobrança, *in: Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia,* Milano, Giuffrè, 2005, p. 2527-2548.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION145 145 4/10/2007 14:39:02

Por outro lado, o formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, não só das partes,[53] impõe, como visto anteriormente, a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele. Esse aspecto é por demais relevante no Estado democrático de direito, que é tributário do bom uso pelo juiz de seus poderes, cada vez mais incrementados pelo fenômeno da incerteza e complexidade da sociedade atual e da inflação legislativa, com aumento das regras de equidade e aplicação dos princípios. Exatamente a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo.[54] Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios formais.

Do mesmo modo, dentro dessa visão cooperativa, impõe-se ao juiz mandar suprir qualquer falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória, embora necessária para o julgamento.[55] O ideal, por sinal, seria que essa atividade saneadora do juiz se estendesse também às peças obrigatórias, o que contudo depende de reforma legislativa.[56]

Também em homenagem ao princípio da boa-fé e lealdade, não pode o juiz elastecer, além do razoável, os pressupostos de admissibilidade do recurso, para facilitar o seu trabalho. Assim, se a semelhança dos casos confrontados diz respeito ao núcleo do direito, demonstrando a necessidade de uniformização jurisprudencial (nos casos, v.g., de recurso especial por dissídio de julgados ou de embargos de divergência), inadmissível não conhecer do recurso porque se verifica dessemelhança em pontos fáticos irrelevantes.

---

53. Note-se que o art. 14 do CPC, redação da Lei n. 10.358, de 27.12.2001, imputa o dever de proceder com lealdade e boa-fé a "todos aqueles que de qualquer forma participam do processo".
54. Sobre essa nova realidade, a tese fundamental de Marie-Emma Boursier, *Le principe de louyauté em droit processuel,* cit., p. 372-377, *passim*.
55. Merece aplausos a orientação atual do STJ, adotada pela Corte Especial, no julgamento do EREsp 433687-PR, relator para o acórdão o Min. Fernando Gonçalves, j. em 5.5.2004, DJU de 4.4.2005, p. 157, decisão encimada desta significativa ementa:" PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS FACULTATIVAS. ESSENCIAIS AO JULGAMENTO. JUNTADA POSTERIOR. OPORTUNIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1 – A falta de peças essenciais ao julgamento, mas de colação facultativa, não previstas no art. 525, I do CPC, somente obsta o conhecimento do agravo se, oportunizada a sua juntada, queda-se inerte a parte interessada. 2 – Embargos de divergência conhecidos e recebidos para determinar a intimação do agravante, a fim de juntar os documentos considerados indispensáveis".
56. O CPC português, na feição adquirida depois das reformas de 1996 e 1997, ao instituir a cooperação como princípio basilar (art. 266) não descurou de determinar salutarmente no art. 742, 4, que "Se faltar algum elemento que o tribunal superior considere necessário ao julgamento do recurso, requisitá-lo-á por simples ofício".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION146 146 4/10/2007 14:39:02

A boa-fé e a lealdade impedem, ainda, a criação de situações que impliquem verdadeira armadilha procedimental, fazendo o processo sucumbir a exigências meramente formais, distantes da verdadeira finalidade da lei e estabelecidas por meio de raciocínios elaborados para dar à norma sentido completamente diverso. A matéria está também vinculada à transparência e claridade na aplicação do direito, aspectos ligados à segurança jurídica.

Veja-se, por exemplo, a questão da possibilidade de interposição do recurso via fac símile, instituída pela Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999. Num país de dimensões continentais como o Brasil, procurou-se facilitar a vida dos cidadãos, permitindo-se a transmissão do recurso com o emprego de sistema de transmissão de dados e imagens, dentro do prazo do recurso, e mediante entrega dos originais em juízo "necessariamente até cinco dias da data do seu término", isto é, da data do término do prazo do recurso (Lei n. 9.800/1999, art. 2º). Essa é a finalidade essencial da inovação. O prazo para juntada dos originais só será contado da data da recepção do material se o ato não estiver sujeito a prazo, o que evidentemente não abrange os recursos (Lei n. 9.800/1999, p. único do art. 2º). Invocando, porém, o princípio da consumação, parte da jurisprudência do STJ inverteu totalmente o sentido da lei e praticamente revogou o mencionado art. 2º, para entender que, em todas as hipóteses, o prazo para entrega dos originais deverá ser de até cinco dias da data da recepção do material. Bem de ver, no entanto, que a preclusão consumativa decorre de que o exercício da faculdade determinou fosse alcançada a finalidade do ato, o que consumaria o interesse na sua prática [57]. Na espécie em comento, no entanto, não se trata de praticar novamente o ato, mas de juntar o original da cópia antes enviada, hipótese em que a própria lei cuidou de resguardar o efeito consumativo permitindo a entrega dessa peça cinco dias após o término do prazo do recurso. O interesse continua existindo porque não basta o envio da cópia, sendo imprescindível a remessa do original, para que a finalidade do ato seja alcançada. Ademais, a desagradável, e às vezes terrível surpresa, de ver o recurso não conhecido por intempestividade, nada tem a ver com a visão cooperativa do processo, única capaz de conduzir a uma efetividade virtuosa e não simplesmente perniciosa, preocupada esta somente com a performance, com a estatística, mas não com os valores fundamentais do processo. Seria importante uma reflexão a respeito do assunto, em prol inclusive da necessária legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil, de fundamental importância no Estado democrático de direito.

Também o princípio da segurança pode afastar o formalismo excessivo.

57. Giuseppe Guarneri, Preclusione (diritto processuale penale), *Novissimo Digesto Italiano,* XIII, Napoli, UTET, s/d, p. 570-576, esp. p. 574.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION147 147 4/10/2007 14:39:02

Inaceitável, portanto, não conhecer do recurso porque o carimbo autenticador, de lavra do próprio tribunal, está ilegível. À evidência, não pode a parte pagar por erro da secretaria do tribunal. Mormente, porque a tanto impede o princípio da confiança legítima, corolário do princípio da segurança. A isso se ajunta o princípio da cooperação, a que está obrigado o órgão judicial. Cumpre, portanto, em tal hipótese, a se pretender afastar os riscos de um processo de caráter dualístico e privado, já ultrapassado, determinar até de ofício seja a dúvida esclarecida pela parte interessada.

Se a parte, ao ingressar com agravo, relacionou as peças que formam o instrumento, entre elas todas as obrigatórias, seria inadmissível não fosse conhecido o recurso por faltante uma destas, quando o processo chegou ao relator. A parte não pode ser prejudicada por falha da secretaria ou do tribunal e a confiança legítima nos atos da administração, corolário do princípio da segurança, assim como o princípio da cooperação, impõe seja reaberto prazo para a erradicação da falta.

A aplicação do princípio da confiança legítima também é de utilidade nos equívocos nas informações processuais prestadas por rede de computadores operadas pelo Poder Judiciário, como ocorre no Estado do Rio Grande do Sul, porque estas podem induzir em erro o usuário e provocar a perda de prazo. Em tal hipótese, aplicando-se o princípio e o disposto no art. 183, 2ª parte, e respectivos parágrafos, é possível reconhecer justa causa e relevar a falta.[58]

Exemplo paradigmático, tanto de excesso de formalismo quanto de sua correção pelas normas maiores do sistema brasileiro, ocorreu no Rio Grande do Sul. Em determinada demanda movida contra esse Estado, seis antigas assistentes judiciárias reclamaram o reconhecimento do direito de opção pela carreira de defensor público, assegurado no art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anexo à Constituição de 1988. O ente estatal, ao contestar a demanda, reconheceu a situação fática inconteste das autoras, mas lhes negou o direito, ao argumento de que a norma transitória só albergaria os funcionários concursados, não aqueles em desvio de função. No juízo de apelação, órgão fracionário do Tribunal de Justiça entendeu de acolher o pedido em relação a quatro das postulantes. Rejeitou, porém, o pedido de duas delas, sob o fundamento de inexistência de prova do desempenho das funções de defen-soria

58. Aplicando o princípio da confiança em casos dessa espécie, o TJRS, 6ª Câm. Cív., AI 70005354196, 27.8.2003, v.u., rel. Des. C. A. Alvaro de Oliveira; STJ, 1ª T, REsp 390.561, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 26.8.2002, p.175, RSTJ 162/116; 4ª. Turma, rel. Min. Barros Monteiro, REsp 49.456/DF, j. em 25.10.94, DJU de 19.12.94, p. 35.321; em contrário, entre outros, TJRS, 6ª Câm. Cív., AC 70008133027, 9.6.2004, maioria, redator para o acórdão, o Des. Palmeiro da Fontoura.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION148 148 4/10/2007 14:39:03

pública anteriormente à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, considerando despida de eficácia a admissão da contestação por se tratar de ente estatal, incidindo o disposto no parágrafo único do art. 302 do Código de Processo Civil. Verificou-se, portanto, um giro de cento e oitenta graus, porquanto se tornara incontroverso nos autos o próprio suporte fático da regra constitucional transitória. A parte surpreendida ainda tentou elucidar o juízo interpondo embargos declaratórios, ao qual anexou certidão passada pelo Estado comprovando a circunstância fática reclamada pela decisão. O recurso, porém, não logrou êxito, pois a Câmara julgadora entendeu ter passado o momento próprio para a apresentação de documentos, não se podendo emprestar efeito infringente a essa modalidade de inconformidade. O acerbado conflito entre justiça e formalismo encontrou exemplar corretivo em decisão do 2º Grupo Cível do mesmo Tribunal, por via do remédio excepcional da ação rescisória.[59] Prevaleceu a tese de que fora infringido o princípio do contraditório, pois o órgão judicial não poderia ter surpreendido a parte, sem ouvi-la previamente, em questão de fato fundamental para a decisão [60].

Se o nome não importa, e sim o conteúdo, constitui sinal indiscutível de formalismo excessivo deixar de receber como arresto o pedido de apreensão e depósito de algum bem para prevenir dano, com vistas a assegurar a futura execução de provável crédito. Da mesma impropriedade padece o indeferimento de pedido de arresto por não atender às abstrusas exigências do art. 813 do CPC, ao argumento de que se deveria ter arrimado no poder cautelar geral do juiz previsto no art. 798. O nome é o que menos importa!

5. CONCLUSÕES

Em conclusão pode-se afirmar que o sistema brasileiro dispõe de meios suficientes para vencer o formalismo pernicioso e conduzir o processo a suas reais metas. Mostra-se necessária, tão-somente, uma atitude mais aberta, talvez uma mudança de mentalidade, para o enfrentamento de problemas dessa ordem.

Advirta-se, no entanto, que o juiz não pode ser arbitrário e desprezar o formalismo virtuoso, a seu bel prazer. Por isso mesmo, a solução da situação problemática, gerada pela antinomia entre a justiça e o formalismo concreto encontra

59. Ação rescisória n. 595132226, julgada em 10.5.96, redator designado o Des. José Maria Rosa Tesheiner, com substancioso voto de vista do Des. Araken de Assis, *RF*, 338 (abr., maio e jun. 1997):301-309, em que atuou como advogado das autoras o autor destas linhas.
60. Trata-se, efetivamente, de um novo conceito, mais dilargado, do princípio do contraditório, hoje adotado na doutrina e na prática judiciária européia. Ver a respeito C. A. Alvaro de Oliveira, *O juiz e o princípio do contraditório,* cit.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION149 149 4/10/2007 14:39:03

encaminhamento e solução apenas dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. Não se esqueça que a apreensão hermenêutica da realidade, inclusive a jurídica, só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela empregada.[61] E o discurso jurídico só obriga até onde conduza a sua força de intrínseca persuasão, força vinculante que há de assentar no sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), nas valorações e princípios dele emanantes, e nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade, enfim no direito como totalidade, para que tudo não redunde a final em puro arbítrio.[62] Nesse difícil, mas necessário equilíbrio, em que exerce papel fundamental o dever de motivação adequada do ato judicial, habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil.

61. Gadamer, *Waherheit und Methode,* 4 ed. (1975), p. 250 e ss., apud A. Menezes Cordeiro, Introdução ao livro de Canaris, *Pensamento sistemático,* cit., p. LIV.
62. Ver a respeito o excelente prefácio do tradutor português, J. Baptista Machado, à obra de Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico,* 2 ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1968, p. XXIII, nota 4., quando trata da descoberta do direito *praeter legem* e *contra legem*, esp. p. LVII e LVIII.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION150 150 4/10/2007 14:39:03

CAPÍTULO VII

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: UMA GARANTIA DE INFLUÊNCIA E DE NÃO SURPRESA[1]

Dierle José Coelho Nunes*

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. Análise histórica do princípio – 3. Leituras do conteúdo do princípio e sujeitos do contraditório – Do contraditório como bilateralidade da audiência, como simétrica paridade de armas e como garantia de influência – 4. Modos de exercício do contraditório – 5. Processo executivo e contraditório – 6. O contraditório como garantia de não surpresa – 7. Considerações finais.

"Garantia fundamental de justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo o qual todas as partes devem ser colocadas em grau de expor ao juiz as suas razões antes que ele pronuncie a sua decisão [...] As partes devem poder desenvolver as suas defesas de modo pleno e sem arbitrárias limitações. Qualquer disposição legal que esteja em contraste com esta regra deve considerar-se inconstitucional e por isso inválida".[2] (tradução livre).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 1958, Elio Fazzalari realizou uma célebre preleção em Peruggia[3] na qual, seguindo a linha de raciocínio de Benvenuti,[4] afirma ser o processo um esquema mais complexo de procedimento.[5]

(*) Mestre em Direito Processual pela PUC-MG; Doutorando em Direito Processual na PUC/MG e Università degli Studi di Roma "La Sapienza"; Membro efetivo da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-MG; Professor do curso de pós-graduação em Direito Processual do IEC-PUC-MG; Professor do curso de pós-graduação em Direito da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais; Professor do curso de graduação da Faculdade Mineira de Direito – PUC-MG; Professor do curso CEAJUFE; Professor do curso de graduação da FADISETE-UNIFEMM-MG e Advogado militante.

1. Texto em Homenagem ao Professor Nicola Picardi, Professor Ordinário de Processo civil da Università degli Studi di Roma *"La Sapienza"*.
2. LIEBMAN, Enrico Tullio. Il princípio del contraddittorio nel processo civile. *In*: *La protezione giuridica del lavratore.* Milano, 1968, *apud*. TARZIA, Giuseppe. Il contraddittorio nel processo esecutivo. *Rivista di diritto processuale.* Padova: Giuffrè, n. 2, p. 193, 1978.
3. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Da teoria fazzalariana de processo:* o processo como espécie de procedimento realizado em contraditório e a difusão dos módulos processuais como mecanismo de controle da função estatal, que consta desta coletânea. FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.* Milano: Giuffrè. n. 3, p. 861-890, 1958. A construção da teoria começa a ser delineada sem a estruturação completa *In.* FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo.* Milano: Giuffrè, 1957.
4. BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico.* Milano: Giuffrè. Ano II, p. 130, 1952.
5. "O genus procedimento é sequência de normas (de posições subjetivas, de atos) até à norma, à posição subjetiva e ao ato – de costume, um provimento – que conclui a sequência e aos quais o seu desenvolvimento

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION151 151 4/10/2007 14:39:03

Porém, diferenciou o procedimento do processo pela existência neste de uma estrutura dialética que possibilita a participação dos interessados à fase preparatória do provimento (decisão). Esta permite a simetria de posições subjetivas garantindo a qualquer dos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura.[6]

Existiria, assim, processo quantas vezes a norma predisponha para o cumprimento de uma atividade a estrutura dialética que permita aos interessados de participar à fase de recognição dos pressupostos sobre a condição de recíproca e simétrica paridade, ou seja, existiria processo toda vez que houvesse o contraditório.[7]

Evidentemente, que de lá para cá se percebeu que a *estruturação de um processo necessita da implementação de um conjunto de garantias processuais constitucionais dinâmicas, modelo constitucional de processo, onde o contraditório constitui uma importante, mas não a única garantia.*

Mas, independente deste fato o estudo do contraditório dentro da perspectiva de um Estado constitucional democrático ou Estado democrático de direito é de enorme atualidade e utilidade na análise e construção de uma estruturação processual constitucionalmente adequada.

Neste Estado democrático os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos provimentos (atos administrativos, das leis e das decisões judiciais), e este é o cerne da garantia do contraditório.

Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*)[8] sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

é endereçado. O esquema representa a dinâmica da formação do provimento, e fornece relevância a toda atividade preparatória do mesmo" – tradução livre – In: FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Giuffrè, n. 1, p. 2, 1989.

6. FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina.* cit., p. 869.
7. FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina.* cit., p. 870.
8. BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für civilistiche Praxis.* n .153, Tubingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1954. p. 403.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION152 152 4/10/2007 14:39:03

Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a idéia de que a participação das partes no processo pode ser meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial.

Comoglio esclarece que na Alemanha o princípio do contraditório se concretiza em perfis constitucionais com base na denominada *Rechtsschutzeffektivität,*

> [...] graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: 1) o direito de receber adequadas e tempestivas *informações*, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso do processo; 2) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; 3) o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão (tradução livre).[9]

Obviamente que essa visão do princípio não deve se limitar a uma discussão de direito comparado (na Alemanha, Itália, França[10] etc.), uma vez que ela permite vislumbrar e defender a existência de um juiz diretor (formal e material do processo), mas, que exerce sua função garantindo às partes a manutenção da possibilidade de também participar ativamente do processo, como ver-se-á a frente. [11]

2. ANÁLISE HISTÓRICA DO PRINCÍPIO

Sobre a antiga parêmia grega "audiatur et altera pars" costuma-se alicerçar o princípio do contraditório.[12]

---

9. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Voce: Contraddittorio (Principio del). Enciclopedia giuridica.* Roma: Istituto della enciclopedia italiana, v. XXV. 1997. p. 6.
10. Nouveau code di procedure civile. Article 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. Cf. NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di diritto processuale.* Padova: CEDAM, 1988. p 736 et. seq.
11. Devemos nos preocupar com o reforço do papel do juiz, mas, ao mesmo tempo com o reforço do papel das partes e dos advogados, pois caso contrário delinear-se-á um sistema anti-democrático de aplicação de tutela onde o juiz deverá trabalhar praticamente sozinho sem subsidio técnico algum do procedimento e dos advogados.
12. PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio. Rivista di diritto processuale,* Milano: Cedam, n. 3, p. 673, jul./set. 1988.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION153 153 4/10/2007 14:39:04

Desde o direito comum o princípio era considerado um símbolo dos direitos naturais sendo que a literatura européia costumava afirmar que ele encontrava seu fundamento em um 'princípio de razão natural' sendo imanente ao processo.[13]

Uma manifestação importante do principio do contraditório ocorrera no primeiro período do processo comum europeu no qual este configurava o ponto central como uma verdadeira metodologia de pesquisa da verdade.[14]

Como esclarece com maestria Picardi

> Segundo a concepção medieval, citação e defesa constituíam momentos de contrarias informações: justificações e refutações. Não era possível pré-constituir a solução da controvérsia judicial; uma vez que no nosso campo não é possível alcançar uma verdade objetiva e absoluta. O contraditório se resolvia no *ars apponendi e respondendi*, em uma regulamentação do dialogo que assegurava reciprocidade e igualdade entre as partes. Neste modo o contraditório representava o instrumento para a pesquisa dialética da única verdade que podemos atingir: a verdade "provável". Tratava-se de uma verdade que ninguém pode conhecer na sua totalidade, por isso o método tópico de pesquisa, com a refutação recíproca das partes, amplia o campo da informação e favorece – às vezes não obstante as intenções das partes – a busca da verdade. O contraditório constituía a estrutura que fornece também base para a *ordo probationum*: nenhuma prova pode ser colocada como fundamento do juízo se não foi submetida preventivamente a sua analise critica [...] O juiz, que revestia um caráter profissional e não burocrático, assumia uma posição neutra, mas não passiva, a medida que sua função era aquela de escolher, no contraditório entre as partes, entre duas hipóteses argumentativas (*fecisti- non fecisti)*, evitando cada *perversio ordinis*. L'*ordo iudiciarius,* enquanto garantia da igualdade, bem pode ser definido, portanto, um típico exemplo de ordem isonômica (*ordine isonomico*) – tradução livre. [15-16]

Assim, o "*ordo iudiciarius*" ou "*ordo ius*" do direito comum era entendido como verdadeiro "*ordo questionum*", ou seja, como um modo de resolver questões, possuindo um caráter extra-estatal à medida que não dependia de uma vontade ordenadora externa, mas, sim dos princípios da dialética, pois se buscava uma garantia de igualdade entre governantes e governados.[17]

---

13. Cf. PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio.* cit., p. 673-674.
14. PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1987. p. 115.
15. PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1987. p. 115-116.
16. Giuliani explica que a perversio ordinis ocorre não so quando ocorre uma rejeição completa do contraditório, mas, também quando se rompe o movimento de informações na controvérsia, de modo que qualquer contaminação entre os papéis dos participantes conduziria a sua ocorrência. Cf. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1988. p. 533 et. Seq.
17. PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1987. p. 114-116, *passim*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION154 154 4/10/2007 14:39:04

Nesse aspecto, o contraditório possuía como primeira regra de sua aplicação *a compensação em relação às varias formas de desigualdades existentes no processo***,** levando, inclusive, em consideração as circunstancias referentes a capacidade dos defensores. Isso decorria do conceito de isegoria constitutivo da ordo.[18]

Tal concepção da "ordo" persistiu de uma forma mais prolongada na Europa meridional pois, na situação cultural da Europa central, houve uma transição da concepção de "ordine isonomico" para uma concepção de "ordine assimetrico".

Mas a decadência da concepção de "ordine isonomico" começa a ocorrer verdadeiramente a partir do séc. XIII com a atribuição ao juiz de poderes probatórios inquisitoriais de modo a desenvolver um comportamento persecutório em face dos inimigos da Igreja, do Estado e da Sociedade. Muito em função de um modelo teológico de processo que permitiria a ***um juiz onisciente*** o conhecimento mesmo da verdade sem a necessidade de produção de provas.[19]

No século XVIII percebe-se que não há mais uma atribuição de importância para a lógica argumentativa, mas, sim com uma ***racionalidade subjetiva,*** que passou a atribuir ao processo uma ótica mecânica de seqüência ordenada de atos.[20]

O papel do juiz era alterado passando a ser despersonalizado e atribuído a um funcionário que assumiria uma função previsível e controlável de um lado, mas, que de outro deixava de ser um mero controlador da discussão ***passando a ser o guia de um processo*** embasado no *ius iurisdictionis* , de caráter publicistico. [21]

Esse é realmente o momento no qual começa a ocorrer a decadência do principio do contraditório eis que se tende a um abandono do dialogo genuíno e a uma supervalorização da razão, ***que torna o contraditório uma mecânica contraposição de teses (dizer e contradizer),*** ou mesmo uma prova de força. Desse modo, "iniciava assim o processo de formalização e de implementação do dialogo em termos de direitos e obrigações."[22]

---

18. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1988. p. 532.
19. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1988. p. 538.
20. PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1987. p. 117.
21. PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1987. p. 117.
22. PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1987. p. 117

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION155 155 4/10/2007 14:39:04

A concepção do processo em termos de direitos e obrigações permite ***a percepção de verdades pré-constituídas antes do debate processual***[23] que poderiam ser obtidas fora do contraditório. Como explicita Picardi:

> A concepção clássica da verdade "provável" substituía a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta, pré-constituída, salvo, então, a identificá-la – sobre a base de postulados epistemológicos, respectivamente, empiristas ou racionalistas – com a verdade "material" ou com a verdade "formal". *Tais verdades podem de todo modo, ser obtidas também fora do contraditório***.** [...] O novo "ordo" apresenta, em definitivo, um caráter "assimétrico" enquanto fundamentalmente fundado sobre a autoridade, sobre a hierarquia e sobre a lógica burocrática. De resto, já Leibnizs havia redimensionado a função do advogado, sustentando que o juiz é, por oficio, o advogado geral das partes (tradução livre). – destacamos[24]

Privilegiava-se, desse modo, as operações solitárias da mente do juiz que lhe permitia um papel de suplência das partes e legitimava uma determinada concepção publicistica de processo.[25]

Constituiu-se assim um dos primeiros exemplos modernos de ordem assimétrica, a legislação prussiana, que privilegiava a posição juiz e buscava a obtenção rápida da decisão dos fatos incertos de modo que processo ganha uma nova teleologia: o arrependimento do réu, a defesa da sociedade, a tutela dos direitos subjetivos.[26]

Para essa ordem assimétrica o contraditório aparece como um obstáculo para a pesquisa da verdade que reflete um modelo de racionalidade subjetiva (instrumental), formal, ***calculante*** dirigido por um juiz funcionário com uma vocação para a autoridade, a hierarquia e para o caráter estatal do direito processual. [27]

No fim do século XIX, percebe-se, assim, o exaurimento da função axiológica do contraditório e mesmo de qualquer referencia com o direito natural, ou seja, sua importância ético-ideologica. Foi o principio, desse modo, remetido a um papel secundário que o fez perder qualquer liame com a essência do fenômeno processual.[28]

---

23. Essa implementação de verdades pré-constituídas é de um certo modo retomada na atualidade mediante o procedimento de objetivação dos julgados de causas de massa e multitudinárias, independentemente das pecualiaridades da situação.
24. PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1987. p.117.
25. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1988. p. 521-522.
26. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1988. p. 526.
27. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del diritto.* Milano: Guffre, 1988. p. 526.
28. PICARDI, Nicola. "Audiatur et altera pars" le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.* Milano: Giuffré, 2004. p. 16-17.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION156 156 4/10/2007 14:39:04

Tal fato, de certo modo, coincide com a transição de um ideário liberal de processo (liberalismo processual) onde este era dominado pelas partes (*Sache der Parteien*) para um processo "social" onde o protagonista é o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual.

Os movimentos reformistas do sistema processual, iniciados no final do século XIX, demonstram uma nítida tendência de transição desse processo liberal, escrito e dominado pelas partes para um processo que segue as perspectivas da oralidade[29] e do princípio autoritário[30], com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual.

Assim, desde a ÖZPO (ordenança processual civil austríaca) de 1895, obra do jurista e sociólogo Franz Klein, o processo passou a ser visto como instituto de bem estar social[31].

Esta visão permitiu um acentuamento dos poderes judiciais com a atribuição da direção do processo por parte do juiz (*richterliche Prozessleitung*) entendida não somente no aspecto formal (*formelle Prozessleitung*), de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (*materielle Prozessleitung*) ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do juízo sobre o mérito.[32]

---

29. "Essa onda reformista começa pelo código de procedimento civil do Estado unitário alemão de Baden, de 31 de dezembro de 1831 e 18 de março de 1864, do Estado unitário alemão de Hanover, de 8 de novembro de 1850, e passa pela Ordenança processual Civil da Confederação de estados alemães, de 30 de janeiro de 1877, e pelo código de procedimento austríaco de 1895, obra de Franz Klein, que propagam seus efeitos em uma série de outras legislações, como, por exemplo, o código húngaro de 1911, elaborado, em grande parte, por Alexander Plósz, e nosso Código de Processo Civil (CPC) de 1939". *In*: NUNES, Dierle Jose Coelho. *Direito Constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p. 5.
30. O adjetivo autoritário [...] *que algunos críticos superficiales han hecho sinónimo de reaccionario y poco menos que de nazifacista y que les há llevado a colocarse frente al [proceso civil austríaco] en actitudes de melodramática intransigencia. In*: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Influência de Wach e Klein sobre Chiovenda. *In*: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972).* México: Unam, 1974. t. II, p. 553, nota 16. Tal adjetivo diz respeito ao aumento dos poderes judiciais e de sua colocação como protagonista da estrutura procedimental.
31. NUNES, Dierle Jose Coelho. *Direito Constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 149, jan./ mar. 1980. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil,* cit., p. 50.
32. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralitá.* Milão: Giuffrè, 1974. v. I, p. 70-71. Taruffo define a direção material como "a síntese dos diversos poderes de iniciativa oficiosa, com os quais o juiz esclarece os temas controversos, integra as provas deduzidas pelas partes e concorre, então, à formação do material decisório" – tradução livre – *In:* COMOGLIO, Luigi P. et al. *Lezioni sul processo civile.* Bologna: Il Mulino, 1998. p. 205.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION157 157 4/10/2007 14:39:05

Nesse diapasão, delineava-se uma perspectiva de socialização do processo que objetivava, segundo uma prestigiosa doutrina,[33] a aceleração do processo com um rápido restabelecimento da paz jurídica, mas sem impor a onipotência estatal no campo do processo com o auxílio do juiz.

Há de verificar que parte dos adeptos do ideal de um processo com esta marcante função social e sem neutralidade normativa acreditavam (e alguns ainda acreditam) que o juiz ativo funcionava como verdadeiro canal de comunicação da carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos normativos,[34] sendo o intérprete que possui sensibilidade na busca solitária do bem comum.

Porém, alguns teóricos já perceberam o equívoco da credulidade na existência de um ethos concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea, *principalmente num cenário de pluralismo de concepções de mundo***,** pois neste percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valor fundamentais,[35] impedindo que um sujeito solitário possa encontrar sozinho os valores dessa comunidade.

Nesta perspectiva, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de "bem comum" desse órgão judicial[36].

Dentro dessa evolução, chegou-se a crer nos anos 30 do século passado, que a falta do contraditório (a falta da cooperação das partes) não impedia a obtenção de uma decisão justa.[37]

Determinada corrente doutrinária ligada à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista chegou ao extremo de defender a supressão do contraditório no processo civil e a absorção do "processo de partes" no procedimento oficioso de jurisdição voluntária.[38]

---

33. BAUR, Fritz. *La socialización del proceso.* Salamanca: Publicaciones del departamento de derecho procesal de la Universidad de Salamanca, 1980. p. 23-24.
34. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 294.
35. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación.* Madrid: Trotta. 2002. p. 290
36. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación.* cit., p. 295-296.
37. BETTI. *Diritto processuale civile.* Roma, 1936. p. 89, *apud* PICARDI, Nicola. "Il principio del contraddittorio". *Rivista di Diritto Processuale,* Milano: Cedam, n. 3, p. 677, jul./set. 1988.
38. BAUMBACH. Zivilprozess und freiewillige Gerichtsbarkeit. *Zetischrift der akademie fur Deutsches Recht.* 1938. p. 583, *apud* PICARDI, Nicola. **Il principio del contraddittorio,** cit., p. 677.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION158 158 4/10/2007 14:39:05

Após o segundo pós-guerra, com a mais ampla constitucionalização de garantias processuais o estudo destas e o interesse pela colaboração das partes proporcionam novos horizontes de análise para o princípio do contraditório.

O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um Estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.

3. LEITURAS DO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO E SUJEITOS DO CONTRADITÓRIO – DO CONTRADITÓRIO COMO BILATERALIDADE DA AUDIÊNCIA, COMO SIMÉTRICA PARIDADE DE ARMAS E COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA

Em uma acepção tradicional, o princípio do contraditório é *entendido tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência,* possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação.[39]

É a aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz. Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente.

Ocorre que, esta visão de um contraditório estático,[40] somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz.

---

39. Como já asseverava Millar, o princípio estabelece o conceito de que "[...] han de ser oídas ambas partes: el princípio de la audiencia bilateral (Grundsatz des beiderseitigen Gehoers). Inseparable en absoluto de la administración de justicia organizada, encuentra igualmente expresión en el precepto romano: audiatur et altera pars y en el proverbio en rima de la Alemania medieval: 'Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed' *('la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes')". In*: MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil.* Buenos Aires: Ediar, 1948. p. 47.
40. ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano.* Torino: Giappichelli Editore, 1990. p. 154.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION159 159 4/10/2007 14:39:05

Porém, ao notar a insuficiência do conteúdo atribuído ao contraditório, e já o vislumbrando como garantia dinâmica[41] e como núcleo do processo,[42] a doutrina tentou aproximá-lo do conteúdo da garantia de defesa e de igualdade formal.

Tal situação é presente, por exemplo, na doutrina italiana, em face da ausência de texto expresso em sua Constituição, até bem pouco tempo, que garantisse o contraditório. Desta maneira, este teria sido elevado à perspectiva constitucional por força da interpretação do § 2º de seu art. 24,[43] que estabelece a garantia de defesa, e/ou do § 1º, do art. 3º, que garante a igualdade.[44]

Essa aproximação conceitual levou à configuração de perfis dinâmicos para o contraditório, atribuindo às partes ***possibilidades de participação preventiva*** sob qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado, cunhando-se à seguinte equação: "defesa = contraditório = participação = audição preventiva"[45] (Tradução nossa).

Contudo, de acordo com o entendimento de Andolina e Vignera, há que se fazer uma nítida ***distinção*** entre os conteúdos da garantia do contraditório e da garantia de defesa: a primeira, disciplina as relações dos titulares dos interesses contrapostos (as partes), ao passo que a Segunda, estabelece uma forma organizatória entre as relações destas mesmas partes com o juiz.[46]

Assim, cunha-se a percepção italiana do contraditório que permite somente as partes seu exercício[47] excluindo deste o órgão julgador.[48]

---

41. As garantias dinâmicas permitem o efetivo gozo de direitos reconhecidos e atribuídos pelo texto Constitucional, ou melhor dizendo, como assevera Comoglio, garantias em sentido dinâmico são [...] quegli strumenti giurisdizionale che siano specificamente previsti – avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale – per assecurare condizioni effetive di godimento a qualsiasi diritto 'atribuito' o 'riconosciuto' da quelle norme fondemantalli. *In*: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli a confronto). Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 90, p. 101, abr./jun. 1998.
42. PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio,* cit., p. 677.
43. COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. *Rivista di diritto processuale.* Padova: Cedam, n. 4, p. 577-619, 1975.
44. Para percepção da discussão no direito italiano cf. ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano,* cit., p. 149-157, *passim.* PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio,* cit., p. 678.
45. ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano,* cit., p. 157.
46. ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civil italiano,* cit., p. 159.
47. FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina.* cit., p. 870-873, *passim.*
48. Como afirma Gonçalves, valendo-se dos ensinamentos de Fazzalari, no direito brasileiro, "[...] o contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os "interessados", ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. [...] a participação

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION160 160 4/10/2007 14:39:05

Esta garantia exige a ***simétrica paridade de armas*** entre as partes, ou seja, a igualdade"[...] de meios processuais dirigidos a fazer valer as próprias razões"[49] (tradução nossa).

Ressalte-se que qualquer aproximação entre contraditório e defesa não é mais cabível na Itália face a alteração normativa do texto constitucional com a emenda de 23 de novembro de 1999 e a colocação no § 2º do art. 111 da assertiva de que o "[...] processo se desenvolve no contraditório entre as partes, diante de um juiz terceiro e imparcial," – tradução livre – introduzindo de modo autônomo a garantia.[50]

A leitura do contraditório e dos sujeitos que o exercitam é um tanto diversa em outros ordenamentos.

Na França, o art. 16 do *Noveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a manifestar as suas observações.[51]

Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda.[52]

Na Alemanha, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do art. 103, § 1º, da Lei fundamental da República Federal da Alemanha como "direito de ser

---

em contraditório se desenvolve "entre as partes", porque a disputa se passa perante elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento" *In*: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 120-121. Fazzalari afirma que: "L'autore dell'atto finale non é, invece un contraddittore quante volte sia estraneo agli interessi in contesa, cioé non sia parte di quella situazione (cosí, il giudice, l'arbitro) [...] il giudice deve essere 'estraneo' rispetto alla situazione sostanziale che sia per essere creata da quel provvedimento e rispetto ai titolari di essa, cioè ai destinatari degli effetti della misura giuridizionale. Tale 'estraneità' (o 'terzietá') `e la base su cui poggia la 'imparzialitá' del giudice". *In*: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale,* 8. ed. Milano: Cedam, 1996. p. 86-313, *passim.*

49. ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civil italiano,* cit., p. 107.
50. MONTESANO, Luigi. La garantia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili "di terza via". *Rivista di Diritto Processuale,* Padova: Cedam, n. 4, p. 930, out./dez. 2000.
51. Nouveau code di procedure civile. Article 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Principio del). *Enciclopedia giuridica.* Roma: Istituto della enciclopedia italiana, v. XXV. 1997. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo,* n. 73, p. 7, jan./mar.1994.
52. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli a confronto),* cit., p. 114.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION161 161 4/10/2007 14:39:05

ouvido pelo juiz"[53] (*Rechliches Gehör*) possui um alcance similar ao francês face à interpretação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), não só operando seus efeitos no confronto entre as partes, mas sim convertendo-se também num dever para o magistrado, de modo que se atribui às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder ***influir*** sobre o resultado dos provimentos.[54] Ao magistrado é imposto o dever de provocar o debate preventivo, com as partes, sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos provimentos.[55]

Impõe-se, assim, a *leitura do contraditório como garantia de influência* no desenvolvimento e resultado do processo.[56]

Esta perspectiva também encontra ressonância na técnica da Ordenança processual alemã (ZPO) após a reforma de 1976 que sofreu os influxos do denominado Modelo de Sttutgart.[57]

Ao analisar o conteúdo dos dispositivos presentes nos §§ 139[58] e, especialmente, 278,[59] entre outros, da *Ordenança Processual alemã* reformada, vislumbra-se

53. WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di diritto processuale,* Padova: Cedam, n. 3, p. 734, jul./set. 2001.
54. TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano.* Milano: Giuffrè, 1974. p. 646.
55. WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco,* cit., p. 735. Habscheid noticiava em 1978 esta tendência de leitura do preceito constitucional ao afirmar: "Em conformidade com uma decisão do *Bundesverfassungsgericht*, o direito de ser ouvido pode assim ser definido: o tribunal não deve utilizar na sua decisão senão os fatos e provas sobre as quais as partes puderam tomar posição anteriormente, a saber, em nosso contexto, dos quais elas puderam ter tido conhecimento. Isto deu lugar a uma discussão extremamente surpreendente [...] para saber se existe um direito de tomar conhecimento das reflexões jurídicas do tribunal, e se o juiz deve ter uma 'entrevista jurídica' com as partes." *In*: HABSCHEID, Walther J. "As bases do direito processual civil". *Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 141-142, jul./set. 1978.
56. TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano,* cit., p. 371. COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile. Padova: CEDAM, 1970. p. 118.
57. Para um conhecimento um pouco mais adequado desta reforma alemã cf. NUNES, Dierle Jose Coelho. *Direito Constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Cf. BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß.* Berlim: Walter de Gruiter & co. 1966. GRUNSKY, Wolfgang. Il cosidetto "Modelo di Stoccarda" e l'accelerazione del processo civile tedesco. *Rivista di diritto processuale.* Padova: CEDAM, 1971, p. 366.
58. "§139. O presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos e formulem pedidos úteis, e, particularmente completem as alegações insuficientes dos fatos invocados e indiquem meios de prova . Com este objetivo, sempre que seja necessário, discutirá o assunto e o litígio com as partes e fará perguntas sobre o aspecto fático e jurídico do conflito. O presidente deve chamar a atenção sobre as considerações e os pontos que devem ser levados em conta de ofício. Se assim for requerido, deve permitir a formulação de perguntas a cada membro do tribunal." (Tradução nossa)
59. "§278, [...] III. O juiz só pode apoiar sua decisão num aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado desapercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION162 162 4/10/2007 14:39:06

que o direito de participação das partes não constitui "*um acréscimo inútil ou supérfluo*",[60] de modo que o aumento dos poderes dos juízes não significou redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes.

Já no Brasil, o contraditório encontra fundamento constitucional no art. 5º, inc. LV da CRFB, mas sua leitura, ordinariamente, é tão somente aquela de bilateralidade de audiência que permite tão somente a análise estática ou formal do conteúdo da garantia.

Chega-se à situação de corriqueiramente o e. Supremo Tribunal Federal impedir a analise de recursos extraordinários que aleguem ofensa ao princípio sob o argumento de que seria necessário o exame de matéria infraconstitucional para a verificação da aludida desconformidade, o que representaria uma ofensa reflexa (não direta) à Constituição.[61]

Com o devido respeito à posição dominante no e. pretório Excelso a importância do contraditório como princípio institutivo da democracia não pode permitir o afastamento de sua analise pelo STF, especialmente por se verificar situações de inconstitucionalidade direta por descumprimento da norma, especialmente quando ocorra uma clara repercussão geral para inúmeros outros casos a serem julgados.

---

salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória." (Tradução nossa).

60. Gouveia, valendo-se dos ensinamentos de Trocker, diz que "[...] toda essa questão há muito vem sendo estudada na Alemanha. Na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional Federal], o direito do *Rechtliches Gehör* resulta portanto delineado como direito de incidirem ordem a qualquer questão, de fato ou de direito, de rito ou de mérito, cuja solução possa influir na decisão jurisdicional. E essa solução vem compartilhada por grande parte da doutrina, a qual vai, enfim, convencendo-se de que as alegações ou deduções jurídicas dos interessados não são um acréscimo inútil e supérfluo, mas o exercício da garantia de ação e de defesa e que a individuação e a interpretação da norma a aplicar não constituem uma prerrogativa intangível e exclusiva do magistrado." *In*: GOUVEIA, Lucio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *Revista da ESMAPE,* v. 5, n. 11, p. 259-260, jan./ jun. 2000.

61. "O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes". STF, 2a T., AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, DJ 20.09.02. "[...] esta Corte firmou entendimento no sentido de que, em regra, a análise da ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ensejaria o exame da legislação infraconstitucional. A ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa." STF, RE 405321/DF, Rel. MIN. – GILMAR MENDES, J.02/03/2005, DJ 28/04/2005 P 00027. "A violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa não dispensa o exame da matéria sob o ponto de vista processual, o que caracteriza ofensa reflexa à Constituição e inviabiliza o recurso extraordinário." STF, 1ªT, RE-AgR 491923/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, J. 19/09/2006, DJ 13.10.2006, p.49.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION163 163 4/10/2007 14:39:06

O que piora ainda mais a situação é a credulidade reformista brasileira que tão somente com o constante reforço de poderes judiciais, com possibilidades cada vez mais recorrentes da prática solitária da decisão, resolver-se-á todas as mazelas de nosso sistema processual.

Chega-se ao absurdo com a última reforma da lei 11.277/06 e introdução do art. 285A no CPC,[62] de se permitir um julgamento liminar de ações repetitivas no mérito sem se garantir o mínimo de espaço de debate prévio para a decisão,[63] pela analise massificadora, pragmática, pré-constituída e neo-liberal de processo.

Esta percepção equivocada ao lado de uma negligência ao papel dialógico e problematizante do processo conduz a um esvaziamento do papel do contraditório em nosso país e à redução de sua utilização dentro de uma percepção democrática da aplicação de tutela.

Esvazia-se mesmo a finalidade técnica do processo (instrumentalidade técnica) que o faz deixar de ser uma estrutura normativa de formação de decisões constitucionalmente adequadas passando a ser um lócus de legitimação ideológica da concepção pré-constituída (ao debate) do caso pelo magistrado ("ordine assimetrico").

Perceba que tal redução não decorre, em regra, de uma má estruturação técnica de nossos procedimentos legislados[64] mas, sim, de sua análise inadequada, que despreza as balizas procedimentais estabelecidas em nosso modelo constitucional de processo. Quando, na verdade, elas impõem um mínimo de estruturação formal que permita uma preparação metódica e uma problematização adequada, pois só assim serão proporcionados resultados práticos, céleres e constitucionalmente suficientes.

4. MODOS DE EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório não constitui uma obrigação, mas, sim uma faculdade pois não existe a necessidade do seu exercício, mas somente a possibilidade de fazê-lo atuar de modo a garantir a cada um dos interessados uma equivalência e

62. Cuja constitucionalidade é discutida na ADI 3695, STF.
63. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (lei 11.276/06) e do julgamento liminar de ações repetitivas (lei 11.277/06) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. *Revista de Processo.* São Paulo: RT,v. 137, jul./2006. p. 171-186.
64. Perceba, entretanto, que o dever de consulta às partes decorrente do princípio técnico da cooperação intersubjetiva e do princípio do contraditório não possui a mesma estruturação existente nos ordenamentos francês e alemão, cf. NUNES, Dierle Jose Coelho. *Direito Constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da compartitipação nas decisões.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION164 164 4/10/2007 14:39:06

correspondência nas respectivas posições, explicando de maneira constante e não episódica uma série de escolhas, de controles e reações que podem ser feitas.[65]

Desse modo, ele precisa ser compreendido como cânone essencial de todo o *iter* procedimental formador do provimento possibilitando uma constante participação dos interessados ao desenvolver do procedimento, impondo instrumentos adequados para o seu exercício concreto, de modo a permitir o diálogo entre os sujeitos processuais.[66]

Seu exercício jamais poderá ser remetido a apreciação discricionária do juiz nem a mera iniciativa dos interessados, mas, deve ser normativamente garantido de modo a possibilitar a interlocução em todo o espaço processual.[67]

Os modos de seu exercício são dois:

a) Preventivo, antecipado ou *ex ante* (sua forma genuína), ou seja, aquele possibilitado no procedimento formativo do provimento;

b) Sucessivo, postecipado ou *ex-post* (impróprio), ou seja, aquele manifestado para a eficácia e controle do provimento após seu proferimento.[68]

O contraditório antecipado possibilita o efetivo diálogo dos sujeitos processuais anterior à formação do provimento, permitindo como impõe nossa Constituição (art. 5º, inc. LV), que as partes façam valer suas próprias razões em posição de simétrica paridade. Isto evidentemente impõe a adoção de instrumentos técnicos idôneos para sua implementação[69].

Ocorre que isto conduz a uma necessária releitura do conteúdo da garantia de modo a lhe impor uma aplicação dinâmica e não estática a fim de que a estrutura processual se adeque à sua implementação.

Dentro da perspectiva trabalhada e para o controle de seu exercício, o contraditório possui um nexo profundo com a garantia de fundamentação das decisões, uma vez que o juiz ao enunciar os fundamentos da decisão deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da participação dos interessados em todos os seus aspectos relevantes, sejam eles fáticos e/ou jurídicos.[70]

---

65. COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali.* cit., p. 583.
66. COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali.* cit., p. 611.
67. COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*. cit., p. 602.
68. COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*. cit., p. 587-589.
69. COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali.* cit., p. 601.
70. COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali.* cit., p. 612-613. Cf. LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION165 165 4/10/2007 14:39:06

A ausência do contraditório antecipado, apesar de criticado por muitos, é justificado por uma respeitável doutrina para alguns pedidos liminares, devido ao fato que seu exercício preventivo impossibilitaria a eficácia do provimento caso a parte contrária tomasse ciência do pedido.[71]

A possibilidade de deferimento de provimentos sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*) possui previsão técnica no Brasil tanto para provimentos cautelares (art. 804, CPC) quanto antecipatórios (art. 273, CPC), mas seu exercício deverá somente ser acatado quando além de observados os permissivos legais ocorra no caso concreto maior adequabilidade de aplicação de algum outro princípio constitucional em detrimento da abertura e aplicação do contraditório.

Quando não existir melhor adequabilidade de outro princípio em face do contraditório não existiria razão para proferimento de decisão sem a abertura do debate preventivo, ou seja, somente excepcionalmente a liminar deveria ser deferida sem oitiva da parte *ex adversa*.

Uma possível hipótese de aplicação de contraditório sucessivo seria naquele em que um dos pais, que não detêm a guarda do menor, tenta fugir do país e o outro requer judicialmente e liminarmente a concessão de medida de busca e apreensão do menor *inaudita altera parte* e a obtêm, pois o exercício do contraditório antecipado, com a citação e a espera do tempo de resposta, inviabilizaria o resguardo do princípio do melhor interesse do menor, que possuiria melhor adequabilidade de aplicação no caso concreto.

Outro modo de exercício do princípio do contraditório sucessivo é o possibilitado pelo *direito constitucional ao recurso* mediante o instituto técnico do recurso que cria um espaço procedimental para seu exercício sucessivo, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões já debatidas pelas partes, mas levadas, ou não, em consideração pelo órgão julgador de primeira instância em sua decisão, ou de questões suscitadas pelo juízo de primeira instância de ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, implementando, assim, um espaço de debate.[72]

5. PROCESSO EXECUTIVO E CONTRADITÓRIO

Não é incomum a negação do caráter contraditório do processo executivo, o que o desnaturaria para alguns como verdadeiro processo.

71. COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali.* cit., p. 600.
72. NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION166 166 4/10/2007 14:39:06

Alguns chegam mesmo a negar a execução como um processo de partes, negando ao devedor (executado) esta condição, em face da função realizadora e satisfativa desta que tão somente permite a atuação do conteúdo de provimento já criado pelo processo de cognição (título executivo judicial) ou de ato ao qual a lei atribua tal eficácia (título executivo extrajudicial).[73]

Para estes a atividade executiva, pelo seu caráter prático e material, desenvolver-se-ia *inaudita altera parte,* de modo unilateral, mediante atos de imediata agressão do patrimônio do devedor face à legítima desigualdade das partes decorrente da eficácia incondicionada do título executivo.[74]

Entrementes, partindo deste horizonte de análise o devedor seria completamente alijado de sua dignidade humana tornando-se verdadeiro objeto da atividade executiva.

Assim, mesmo acatando a redução de sua incidência na execução, o contraditório permite nesta que o devedor se posicione sobre qualquer matéria que influa em sua esfera jurídica.

Deste modo, parte da doutrina acata a existência de um contraditório parcial ou atenuado (rarefeito) na execução em relação aos temas submetidos ao diálogo entre as partes e aos provimentos judiciais nele ocorrentes.[75]

Tal decorreria das peculiaridades estruturais deste procedimento, mas sem possibilitar a plena igualdade das partes, que do contraditório é a razão mais profunda.[76]

Assim, na execução deve ser possibilitada a discussão preventiva das partes sobre qualquer questão a ser analisada como v.g. as condições da ação[77], no entanto, as questões de mérito serão remetidas ao contraditório dinâmico possibilitado dentro da ação incidental de embargos do devedor ou da impugnação ao cumprimento (pós lei 11.232/05).

6. O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE NÃO SURPRESA

Como se viu a percepção ampliativa dos sujeitos do contraditório conduz a uma extensão de sua implementação, pois seus perfis dinâmicos na leitura

73. Cf. a discussão in. TARZIA, Giuseppe. *Il contraddittorio nel processo esecutivo.* cit., p. 196-197.
74. TARZIA, Giuseppe. *Il contraddittorio nel processo esecutivo.* cit., p 198-202, passim.
75. TARZIA, Giuseppe. *Il contraddittorio nel processo esecutivo.* cit., p 204.
76. VERDE. *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata.* Milano, 1968. p. 111, a*pud*. TARZIA, Giuseppe. *Il contraddittorio nel processo esecutivo.* cit., p. 205.
77. TARZIA, Giuseppe. *Il contraddittorio nel processo esecutivo.* cit., p. 225.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION167 167 4/10/2007 14:39:07

francesa e germânica criam para o magistrado uma verdadeira impossibilidade de aplicar a tutela, ordinariamente, sem o prévio debate com os sujeitos parciais, impondo-lhe um dever de provocar o contraditório sobre todas as matérias decididas, mesmo que de conhecimento oficioso.

O ativismo judicial que permitia ao magistrado o exercício de um poder praticamente solitário ganha uma baliza procedimental constitucional importantíssima que sem esvaziar os poderes diretores do órgão judicial adequam-nos a um perfil democrático e comparticipativo.

É evidente que esse modo de entendimento do princípio deve encontrar uma estruturação técnica que permita seu exercício sem negligenciar a necessidade de rapidez do término do processo.

Assim, delineiam-se procedimentos onde existe uma fase metodicamente exata de preparacão dos sujeitos processuais com a fixação de todas as questões (pontos controvertidos) jurídicas, fáticas e probatórias (fomentadora do debate), para a seguir ser realizada uma fase de problematização das questões já fixadas com reduzida ou inexistente margem de surpresa aos sujeitos processuais.

Isto, pois, é uma preocupação constante, há algum tempo, dos juristas europeus do fenômeno cada vez mais recorrente da decisão de surpresa[78] (*Überraschungsentscheidungen*[79]) ou *di terza via*[80] que são os provimentos judiciais fundados sobre a resolução de questões de fato e de direito não submetidas a discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz.[81]

O âmbito das decisões de surpresa possui interesse especialmente para as questões de direito às quais o juiz poderá conhecer de oficio.

Desse modo o contraditório deve ser desenvolvido em todo o *iter* processual tanto em relação às atividades das partes ***quanto às atividades judiciais*** de modo que "o exercício de poderes oficiosos constitua expressão de um princípio de colaboração e não de autoridade no processo" (Tradução livre)[82]

---

78. SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p.177, abr./ jun. 1997.
79. TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano,* cit., p. 659.
80. FERRI, Corrado. Sull'effettivitá del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.* Milano: Giuffrè, p. 781, 1988.
81. CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. *Il Foro Italiano***.** Roma: 1999, v. CXXII, parte quinta, p. 4.
82. CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e poteri delle parti ne processo ordinário di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. *Il Foro Italiano.* Roma. v. CXXII, parte quinta, 1999. p. 6.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION168 168 4/10/2007 14:39:07

A colocação de qualquer entendimento jurídico (v.g. aplicação de súmula da jurisprudência dominante os Tribunas Superiores) como fundamento da sentença, aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa.

Ocorre que *a decisão de surpresa deve ser declarada nula por desatender ao princípio do contraditório***.**

Luiso propugna, na Itália, que o contraditório possui significado não somente por garantir às partes aduzir aquilo que o juiz não pode conhecer de oficio, mas também pelo fato de garantir que uma questão submetida à discussão será melhor decidida do que quando posta e analisada solitariamente pelo juiz. Afirma, então, que toda decisão proferida solitariamente desrespeitaria o contraditório.[83]

Numa posição mais flexível Chiaroni, em certa medida alterando entendimento anteriormente expresso,[84] não acredita na possibilidade de defesa da nulidade da decisão surpresa (*terza via*) em qualquer caso, em análise abstrata, porém, defende sim sua aplicação em concreto.[85]

Afirma, assim, que para a ocorrência da nulidade da decisão o conhecimento solitário do juiz deverá ter violado o direito de defesa da parte prejudicada, devidamente demonstrado perante o Tribunal.[86]

E parece ser essa tendência de uniformização do entendimento[87] junto à Corte de Cassação Italiana, eis que se afirmou em recente precedente que o recurso *deve ser acompanhado da indicação da atividade processual que a parte poderia ter realizado se tivesse sido provocada a discutir sobre a questão***.** [88]

E tal uniformização parece também dizer respeito ao exame da denominada *decisione de terza via,* pois no referido precedente a Corte, após um retrocesso,[89] propugnou que:

---

83. LUISO, Francesco P. Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: uma sentenza rivoluzionaria? Giustizia civile. *Rivista Mensile di giurisprudenza.* V. LII, Tomo II, parte I, 2002. p. 1614.
84. CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie". *Rivista di trimestrale di diritto e procedura civile.* Milano: Giuffrè, p. 570-584, 1987.
85. CHIARLONI, Sergio. La sentenza "della terza via" em cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie? *Giurisprudenza Italiana.* UTET, 2002, p. 1364.
86. CHIARLONI, Sergio. La sentenza "della terza via" em cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie? *Giurisprudenza Italiana.* UTET, 2002, p. 1364.
87. *Corte di Cassazione*, sentença n. 21108 de 31/12/2005, Terceira seção civil, presidente P. Vittoria, Relator Preden, Item 2.1. da fundamentação. J. 08/07/2005.
88. *Corte di Cassazione*, sentença n. 21108 de 31/12/2005, Terceira seção civil, presidente P. Vittoria, Relator Preden, Item 2.2. da fundamentação. J. 08/07/2005.
89. Cf. *Corte di Cassazione*, sentença n. 15.705 de 27/07/2005, Segunda seção civil na qual a corte fazia uma interpretação dogmática no plano da infraconstitucionalidade, em termos: "Non può, infatti, essere

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION169 169 4/10/2007 14:39:07

> A corte, andando em conhecido contraste com a Cass. n. 15705, afirma que o juiz que entenda, depois da delimitação do *thema decidendum* ocorrida no curso da audiência preliminar, de levantar uma questão conhecível oficiosamente não considerada anteriormente, deve submetê-la às partes para lhes permitir sua intervenção em contraditório. A falta de indicação comporta a violação do dever de colaboração por parte do juiz e determina a nulidade da sentença por violação do direito de defesa das partes. (tradução nossa)

A preocupação com tal fenômeno é também extremamente consistente na Alemanha, na França etc, como já vito.

Na Áustria um dos pontos da reforma do processo civil de 2002 (*Zivilverfahrens-Novelle 2002*) foi a proibição no "§ 182 a" de decisões de surpresa impondo ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisões fruto de próprios convencimentos solitários não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, meios probatórios deduzidos e atividades desenvolvidas pelas partes[90] ou por ele próprio.

Desse modo, o ***contraditório constitui um verdadeira garantia de não surpresa*** que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em "solitária onipotência" aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes.[91]

Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão.[92]

Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício.[93]

Em relação às partes o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles:

---

pronunciata la nullittà per inosservanza de atti del processo – si legge nella motivazione della richiamata pronunzia – se la nullità non è comminata dalla legge: una disposizione in tal senso manca nell'art.183 cod. proc. civ. come sanzione dell'omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili di ufficio".

90. HENKE, Albert. Prime osservazioni sulla riformadel diritto porcessuale austriaco. *Rivista di diritto processuale.* Padova: Giuffrè, n.3, p. 818, 2003.
91. FERRI, Corrado. *Sull'effettivitá del contraddittorio.* cit., p. 781-782, 1988.
92. FERRI, Corrado. *Sull'effettivitá del contraddittorio.* cit., p. 784-789, *passim.*
93. FERRI, Corrado. *Sull'effettivitá del contraddittorio.* cit., p. 793.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION170 170 4/10/2007 14:39:07

a) Direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento;

b) O direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante;

c) Em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor as alegações de fato ou atividades probatórias da parte contrária ou mesmo oficiosas do julgador;

d) O direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório.[94]

Algo, porém, deve ser ressaltado, *as perspectivas ora trabalhadas não podem ser vislumbradas com um objetivo protelatório e formalista***,** pois a análise do contraditório há muito deixou de possibilitar uma mera enunciação formal, mas demonstram que a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui um instrumento insubstituível para uma rápida e correta decisão.[95]

É evidente que para tanto, faz-se mister a utilização adequada da fase preparatória do procedimento de modo a impedir idas e vindas constantes pelo aparecer constante de novas questões.

Tal discussão caso não seja apresentada pelas partes deve ser fomentada pelo juiz, como qualquer outra de cunho fático e jurídico, na fase preparatória do procedimento. Obviamente sem qualquer prejulgamento, mas, com suscitação da possibilidade de adaptabilidade da questão jurídica ao caso em julgamento a permitir que ambas a partes se manifestem (ou não) acerca da matéria.

A utilização da fase preparatória (nosso art. 331 do CPC), levada a sério, com a fixação adequada de todos os pontos controvertidos pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária, o que conduzirá um advogado técnico à busca da conciliação com o término do processo em prazo razoável.

---

94. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli a confronto),* cit., p. 113-114.
95. FERRI, Corrado. *Sull'effettivitá del contraddittorio.* cit., p. 794.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION171 171 4/10/2007 14:39:07

Essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, iniciada por Franz Klein em sua festejada ÖZPO (ordenança processual civil austríaca) de 1895, e atualmente revigorada pelas reformas alemã da ZPO mediante a *Vereinfachungsnovelle* de 1976,[96] pela reforma *Woolf* [97] do novo processo civil inglês, pela *Ley de enjuiciamento civil* espanhola[98] e outras européias conduzem a conclusão que essa fase processual pode auxiliar em muito numa adequação do *modelo de aplicação processual pragmática brasileiro* para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico.

Para tanto, não se fariam necessárias nem mesmo alterações legislativas, bastando somente uma percepção simples que a fase de nossa audiência preliminar (art. 331, CPC) não serve somente para a tentativa de obtenção de acordo e da declaração de saneamento, uma vez que essa deve buscar uma função técnica mais importante, qual seja, a filtragem completa da discussão endoprocessual para a fase posterior de problematização, caso o acordo não seja possível e nem tecnicamente recomendável.

Os sujeitos processuais, assim, devem, desse modo, assumir a responsabilidade na utilização adequada da fase preparatória do procedimento, efetivamente preparando-se para tal e não encarando o procedimento como uma série de formalidades desnecessárias e descabidas de sentido.

É da assunção das respectivas faculdades, poderes e ônus que ocorrerá a obtenção de resultados práticos, céleres e constitucionalmente adequados.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ponderações delineadas neste breve ensaio demonstram que a leitura dinâmica da garantia do contraditório, como incentivador ao aspecto dialógico do procedimento, impõe uma efetiva comparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões.

---

96. Estruturada a partir dos resultados práticos obtidos pelo Modelo de Sttutgart levada a cabo pelo juiz Rolf Bender e seus pares, inspirada na preleção de Fritz Baur de 1965. Cf. BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß.* Berlim: Walterde Gruiter& co. 1966.
97. WOOLF. *Access to Justice.* Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. London. 1995. WOOLF. *Access to Justice.* Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. London. 1996.
98. MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo.* Napoli: Edizioni Scentifiche italiane. 2002.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION172 172 4/10/2007 14:39:08

Cria-se, assim, uma nova tendência e uma nova leitura de "ordine isonomico" entre os sujeitos processuais de modo a se implementar uma participação real com a assunção da co-responsabilidade endoprocessual.

Insta, desse modo, registrar que o papel do julgador deixa de assumir um perfil extremamente pesado de canal da carga axiológica da sociedade[99] para torná-lo o diretor ativo do processo que dialogando com as partes encontra a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante a procedimentalidade discursiva e, não, através de um exercício solitário do poder.

A comparticipação advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação de tutela.

Somente desse modo, chegaremos a uma aplicação de tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado democrático de direito.

99. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 294. Cf. crítica a perfil solitário de aplicação de tutela pelo julgador. *In:* LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica.* São Paulo: Landy, 2002, p. 89 *et seq.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION173 173 4/10/2007 14:39:08






CAPÍTULO VIII

O PROCESSO DO TRABALHO NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Edilton Meireles*

Sumário: 1. Introdução – 2. Dos procedimentos e do procedimento trabalhista: 2.1. Do dissídio coletivo de natureza econômica – 3. Elementos essenciais do processo do trabalho – 4. Conceitos fundamentais do processo e sua aplicação às ações trabalhistas – 5. Princípios do processo do trabalho – 6. A busca equivocada da autonomia e o esquecimento do processo do trabalho – 7. Conclusões – 8. Referências bibliográficas.

Resumo: Neste artigo o autor trata de analisar se o processo do trabalho guarda autonomia em relação ao processo civil brasileiro, chegando à conclusão que não há razões parra assim concluir. Destaca, ainda, que essa tentativa de tornar o processo do trabalho autônomo em relação ao processo civil apenas tem contribuído para frear o desenvolvimento daquele e retardar a modernização deste outro.

Palavras-chaves: processo do trabalho – processo civil – teoria geral – procedimento

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a ação trabalhista tem sido objeto de estudo de forma destacada em relação ao processo civil.

Fatores como uma legislação especial disciplinando o procedimento laboral e a existência de órgãos judicantes especializados, numa estrutura orgânica autônoma, contribuiu para o afastamento do processo do trabalho do denominado processo civil.

Neste trabalho, no entanto, procuramos estudar se efetivamente a ação trabalhista goza de autonomia em relação ao processo civil e se o processo do trabalho não se encontra agasalho pela teoria geral do processo civil.

2. DOS PROCEDIMENTOS E DO PROCEDIMENTO TRABALHISTA

Sem querer se aprofundar nas diversas teorias que definem o processo e o procedimento, podemos ter este último, para fins de compreensão do que se fala,

(*) Juiz do Trabalho da 34ª Vara do Trabalho/SSa/Ba; Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP); Professor Pesquisador no Mestrado da FD/UCSal e Professor Colaborador no Mestrado e Doutorado da FD/UFBa.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION175 175 4/10/2007 14:39:08

como o rito processual a ser observado em cada processo judicial, a partir da propositura da ação.

O procedimento civil, por sua vez, divide-se em comum e especial. Por força de lei, aquele primeiro, subdivide-se em ordinário e sumário (art. 272 do CPC); o segundo, em procedimentos especiais de jurisdição voluntária e de jurisdição contenciosa (arts. 890 a 1.210 do CPC).

Ensina, sinteticamente, Adroaldo Fabrício Furtado, que,

> […] em tema de procedimento (ou rito, ou forma do processo), a técnica legislativa usual é a de começar-se pela definição de um modelo procedimental básico, destinado à adoção na generalidade dos casos, verdadeiro rito-padrão, para se estabelecerem depois, com base nele, as variações por supressão, acréscimo ou modificação de atos, donde resultarão procedimentos mais ou menos distanciados do modelo fundamental, segundo a intensidade e número dessas alterações.
>
> Em regra, o procedimento-tipo é formal e solene, procurando cercar o exercício da função jurisdicional das mais amplas garantias e franquear às partes os mais largos caminhos de discussão, de prova e de impugnação das decisões. O procedimento assim estruturado − geralmente denominado comum ou ordinário − serve ao volume maior e principal das causas, às situações mais freqüentes e destituídas de peculiaridades aptas a justificar um tratamento diferenciado... Esse procedimento por assim dizer genérico funciona também como um standard básico, seja no sentido de que a partir dele se constroem os outros, específicos, seja porque em numerosos casos a diversidade destes em confronto com aquele é parcial e condicionada, de tal sorte que o trâmite processual, iniciado em forma diferenciada, retorna ao leito comum do rito básico a partir de certo momento ou a depender de uma dada condição. A tudo isso se acresça que, exatamente por terem sido fixados como um modelo, os termos do procedimento especial prevalecem também no especial, na medida em que as regras jurídicas a este pertinentes sejam omissas: vale dizer, as normas do rito genérico enchem os vazios da regulação dos especiais, a estes aplicando-se subsidiariamente.[1]

Neste sentido, basta lembrar o disposto do parágrafo único do art. 272 do CPC, que impõe a regra subsidiária de aplicação das disposições que regem o procedimento ordinário.

Os motivos que induzem a criação dos procedimentos especiais são diversos. Eles podem ser desde a modesta expressão econômica ou jurídica, a fatores de ordem política, social, vinculadas ao próprio direito material, etc, ou, ainda, dadas às peculiaridades que cercam a tutela jurisdicional pretendida.

Em regra, os ordenamentos jurídicos criam um procedimento sumário para atender situações especiais ainda que não dispense a cognição exauriente. Ela é

1. *Justificação teórica dos procedimentos especiais,* p. 4.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION176 176 4/10/2007 14:39:08

sumária, limitada, daí porque se dispensa solenidades, abreviam-se prazos, restringe-se a atuação das partes, podam-se recursos, etc.

Como ensina Cândido Rangel Dinamarco,

> […] a realidade dos conflitos e das variadas crises jurídicas em que eles se traduzem gera a necessidade de instituir procedimentos diferentes entre si, segundo peculiaridades de diversas ordens, colhidos no modo-de-ser dos próprios conflitos, na natureza das soluções ditadas pelo direito substancial e nos resultados que cada espécie de processo propõe-se a realizar.[2]

Em suma, por ser o processo instrumental, "s*empre, o procedimento deve ser adaptado à realidade dos conflitos e das soluções buscadas"*[3]

E aqui cabe outra ressalva para melhor compreensão do debate.

A partir do disposto no parágrafo único do art. 272 do CPC podemos, para fins didáticos, incluir o procedimento ordinário na categoria de procedimento comum. Já o procedimento sumário (que o CPC, no art. 272, *caput*, inclui dentre os procedimentos comuns) na categoria de procedimentos especiais. Procedimento especial, nesta nossa classificação didática, entendido como sendo aquele que não adota o rito comum-ordinário, valendo de regras mais especiais e tão-somente se socorrendo das regras do procedimento ordinário de forma subsidiária.

Assim, temos que todos os procedimentos previstos em lei que não adota o rito do procedimento comum-ordinário, tendo as disposições que regem este último procedimento como fonte subsidiária, são classificados como de rito especial, para fins didáticos e de compreensão do que se segue.

Daí se tem, então, que, considerando apenas a jurisdição civil, devemos incluir entre as ações com ritos especiais não só o procedimento sumário e os procedimentos especiais tratados no Livro IV do CPC, como, também, todas as outras ações de natureza civil que possuem ritos específicos, tratados na legislação esparsa e mesmo no CPC, e que têm as regras do procedimento comum-ordinário como fontes subsidiárias. Aqui, portanto, incluímos, dentre outros, o mandado de segurança, a ação rescisória, a ação cautelar, a ação de execução, a ação judicial que corre perante a Justiça Eleitoral, as ações perante os Juizados Especiais e a ação trabalhista (reclamação trabalhista, inquérito judicial, ação de cumprimento, procedimento sumaríssimo e dissídio coletivo de greve e de natureza jurídica).

---

2. *Instituições de direito processual civil,* p. 332-333.
3. Ibidem, p. 333.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION177 177 4/10/2007 14:39:09

Neste sentido, a ação trabalhista, em verdade, é um procedimento especial, disciplinado em legislação específica (esparsa, em relação ao CPC) e que têm, inclusive, expressamente, as regras do procedimento ordinário regido pelo CPC como fonte subsidiária (art. 769 da CLT), desde a teoria geral do processo aos meios de impugnação às decisões judiciais, tal como ocorre em relação aos demais procedimentos especiais disciplinados por outras leis.

2.1. Do dissídio coletivo de natureza econômica

Ao mencionar acima as diversas ações trabalhistas (reclamação trabalhista, inquérito judicial, ação de cumprimento, procedimento sumaríssimo e dissídio coletivo de greve e de natureza jurídica) excluímos, propositadamente, o típico dissídio coletivo (de natureza econômica).

Aqui cabe, inclusive, uma distinção.

O dissídio coletivo pode ter três objetos: aquele em que se aprecia a abusividade da greve; aquele em que se busca uma interpretação da norma coletiva; e, por fim, no dissídio coletivo típico, aquele em que se busca estabelecer novas condições de trabalho.

Em relação ao dissídio coletivo suscitado em face de uma greve, os tribunais do trabalho ao apreciarem tal procedimento estão agindo no exercício do poder jurisdicional.

Como se sabe, através do dissídio coletivo de greve se busca do tribunal uma decisão quanto a abusividade ou não da greve. Aqui, então, o tribunal estará a exercer sua função tipicamente jurisdicional. Isso porque, a partir das regras de direito preexistente, o tribunal dirá se a parada é abusiva ou não. E, para esta conclusão, o tribunal há de analisar se ocorreu ou não violação do direito preexistente por parte dos trabalhadores. Prolata, assim, uma decisão de natureza declaratória.

Aqui, então, teríamos um típico dissídio jurisdicional coletivo do trabalho, a reclamar uma decisão jurisdicional quanto à abusividade ou não do uso do direito de greve.

Esse mesmo poder jurisdicional estará sendo exercido quando o tribunal do trabalho aprecia o dissídio coletivo de natureza jurídica, pois neste se busca uma decisão declaratória quanto à interpretação que se deva ter em relação a uma norma pré-existente.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION178 178 4/10/2007 14:39:09

Já no dissídio coletivo de natureza econômica os interessados pedem que seja produzido um provimento criando novas condições de trabalho, isto é, novas regras a reger a relação jurídica.

Não se busca a realização de norma pré-existente, mas, sim, a criação de novas normas.

Aqui, então, os tribunais do trabalho não estão a exercer qualquer poder jurisdicional quando estabelecem novas normas e condições de trabalho. Na verdade – conquanto as jurisprudência e doutrina caminham em outro sentido – a Justiça do Trabalho, ao exercer essa atribuição, está no exercício do poder legislativo que, constitucionalmente, lhe foi reservado.

Sugerida por *Aristóteles, John Locke* e *Rousseau*, a separação de poderes do Estado tomou a forma mais atualmente aceita nos países democráticos a partir das lições de *Montesquieu*.

Em suma, a divisão dos poderes consiste em atribuir cada uma das funções básicas do Estado (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes. Essa separação de poderes, por sua vez, tem por fundamento a procura da especialização funcional e a independência orgânica no exercício de cada uma dessas atribuições, evitando-se meios de subordinação[4].

A rigidez dessa separação de poderes, no entanto, há muito foi superada. Hoje, e no Brasil, desde o Império, delegam-se funções legislativas ao Poder Executivo, funções jurisdicionais ao Poder Legislativo e atribuições legislativas ao Poder Judiciário, etc. Nossa atual Carta Magna, inclusive, é pródiga em atribuir a cada um dos Poderes do Estado outras funções governamentais básicas que não aquela que lhe é predominante.

Assim, por exemplo, é que ao Poder Legislativo é conferido o poder de julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF/88), além de sua auto-administração (arts. 51, inciso IV, e 52, inciso XIII). Ao Poder Executivo é dado o direito, além de executar as funções administrativas inerentes ao Poder Público, de legislar (art. 84, inciso IV). Já ao Poder Judiciário, além de sua função típica, a atual Carta da República assegura a autonomia administrativa (art. 99), bem como tarefas legislativas (art. 96, inciso I, alínea "a").

Mas, ainda que essas confusões ocorram, o princípio da separação de poderes não perde sua razão de ser, pois cada um dos órgãos especializados (Pode-

4. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo,* p. 99.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION179 179 4/10/2007 14:39:09

res Executivo, Legislativo e Judiciário) exerce uma função predominantemente típica.

Deve-se ter em mente, no entanto, que, apesar de cada um dos órgãos especializados que exercem os poderes do Estado ter uma função típica (legislativa, executiva e jurisdicional), nada lhes impede de exercer outra que, a princípio, não lhes é reservada predominantemente.

Talvez presos aos ensinamentos de *Montesquieu*, as doutrina e jurisprudência pátrias, majoritariamente, sempre defenderam que a Justiça do Trabalho, no uso de sua atribuição normativa, em dissídios coletivos, exerce função jurisdicional. A lógica era: se a competência para apreciar o conflito pertence a um órgão do Poder Judiciário, logo, na sua tarefa de solucionar o dissídio, este organismo exerce função jurisdicional.

Tal conclusão, *data venia*, parece equivocada.

Ora, a função jurisdicional tem por objetivo a atuação da vontade da lei. Ela parte do direito preexistente para apreciar e solucionar os conflitos de interesses. No exercício dessa atribuição, o Poder Judiciário não cria direito, não legisla, mas, tão-somente, aplica o direito preexistente.

Tal peculiaridade, entretanto, não é encontrada quando a Justiça do Trabalho faz uso do seu poder normativo. Aqui, os tribunais trabalhistas estabelecem novas condições de trabalho; criam o direito a reger as relações individuais de trabalho. Como a própria denominação já demonstra, a Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos típicos, faz uso de um poder normativo ou legislativo.

E o que é o poder normativo? A resposta é simples: é a atribuição que um órgão estatal possui de criar direito, de legislar, de disciplinar as relações jurídicas.

Essa função normativa ou legislativa, preponderantemente, é exercida pelo Poder Legislativo. Contudo, como lembrado acima, nada impede do legislador, especialmente o constituinte, de delegar tal atribuição a outros órgãos estatais. E foi justamente isso que ocorreu ao se assegurar à Justiça do Trabalho o poder normativo.

Tal fenômeno, aliás, não é único no âmbito do Poder Judiciário Nacional. Nossa legislação assegura, ainda, à Justiça Eleitoral o poder de legislar em matéria eleitoral (Código Eleitoral, art. 23, IX).[5] E não era à toa que o Min. *Victor*

5. A respeito, cf. Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional,* p. 60 e segs.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION180 180 4/10/2007 14:39:09

Nunes equiparava o poder normativo da Justiça do Trabalho ao poder normativo da Justiça Eleitoral.[6]

Daí se tem que, ao exercer o poder normativo, a Justiça do Trabalho não está no uso de qualquer função jurisdicional. Ela está, em verdade, exercendo função legislativa, tal como o Congresso Nacional a exerce em suas atribuições típicas. E a função legislativa da Justiça do Trabalho, ao contrário do que ocorre com a Justiça Eleitoral, tem matriz no próprio texto constitucional.

A partir dessas definições, podemos facilmente concluir – sem medo de cometer qualquer heresia jurídico-constitucional – que o constituinte estabeleceu a competência concorrente do Congresso Nacional e da Justiça do Trabalho para legislar sobre direito do trabalho. À União cabe legislar privativamente sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I, CF/88). Essa competência legislativa da União, no entanto, é repartida entre o Congresso Nacional e a Justiça do Trabalho (ambos os órgãos da União). Ambos possuem, portanto, a atribuição de disciplinar às relações jurídicas do trabalho.

O fundamento dessa repartição de poderes normativos, entre o Poder Legislativo da União e a Justiça do Trabalho, é, ainda, simplório. O constituinte sabia que, diante da dinâmica das relações jurídica de emprego, decorrente do próprio conflito político de interesses entre os representantes do capital e do trabalho (a clássica luta de classes), seria muito difícil ao Poder Legislativo, isoladamente, disciplinar todas as situações postas à regulamentação. Muito melhor, então, atribuir-se a outro órgão essa mesma tarefa, ainda que concorrentemente.

Poderia, é bem verdade, atribuir tal função legislativa a um órgão que fosse integrante da estrutura do próprio Poder Legislativo. Preferiu, no entanto, o constituinte, conferir à Justiça do Trabalho essa tarefa, talvez porque ela, na sua função jurisdicional, já esteja mais perto das partes interessadas na regulamentação dos interesses coletivos do trabalho em conflito[7].

Ao atribuir à Justiça do Trabalho essa função normativa, porém, o constituinte não quis transfigurar a natureza dessa tarefa. Ela continua sendo uma atribuição legislativa, ainda que exercida por órgão integrante do Poder Judiciário.

---

6. Apud, Roberto Rosas, ob. cit., p. 60, nota de rodapé nº 20.
7. Não à toa, ainda, que, antes, a Justiça do Trabalho era composta por juízes classistas, o que, quer queira ou não, dava maior caráter democrático às decisões normativas. E, ainda hoje, pode-se lembrar que não é à toa que, salvo em relação aos tribunais eleitorais, dos tribunais regionais ou estaduais, somente os trabalhistas têm seus membros escolhidos pelo chefe do executivo (pelo Presidente da República), o que se justifica em face do poder normativo. Em outras palavras, o poder político interfere na composição dos tribunais do trabalho porque estes exercem, também, uma função legislativa.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION181 181 4/10/2007 14:39:09

Para deixar bem clara essa conclusão basta aventar dois questionamentos: primeiro, se o constituinte tivesse assegurado essa tarefa a um *tribunal administrativo do trabalho*, vinculado ao próprio Poder Legislativo (tal como ocorre com o Tribunal de Contas), estaria esse tribunal administrativo exercendo função jurisdicional? Óbvio que não. Ele estaria exercendo, em verdade, uma função legislativa que lhe foi outorgada constitucionalmente.

Segundo, qual a diferença entre o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, sancionado pelo Presidente da República, assegurando jornada especial de 6 horas para os petroleiros e a decisão normativa da Justiça do Trabalho, proferida em dissídio coletivo, pelo TST, no mesmo sentido? Nenhuma. Em verdade, ambas seriam normas de caráter geral e abstrata, disciplinadoras de relações jurídicas de emprego.

E é preciso ter essa conclusão em mente para se excluir, do âmbito do estudo do direito processual jurisdicional, o dissídio coletivo de natureza econômica, incluindo-o dentre os procedimentos legislativos.

Lamentavelmente, no entanto, foi a partir de entendimento contrário, majoritariamente predominante nos tribunais e na doutrina, que se acabou por criar, equivocadamente, todo um arcabouço legislativo disciplinando o dissídio coletivo como se este fosse um feito tendente a solucionar um conflito concreto de interesses, através do exercício da função jurisdicional.

O exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho é, pois, fruto de uma atribuição legislativa exercida por órgão não integrante do Poder Legislativo. Não passa de expressão do exercício do poder legislativo assegurado à União.

3. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO PROCESSO DO TRABALHO

Feitos os esclarecimentos acima, excluindo-se o dissídio coletivo de natureza econômica do rol das ações jurisdicionais, cabe-nos investigar se os elementos essenciais do processo trabalhista lhe distinguem dos demais procedimentos judiciais civis de modo a poder lhe afastar do âmbito deste último.

Jaime Guasp aponta cinco categorias distintas para essa análise: sujeitos, objeto, atos, procedimento e efeitos no processo[8].

Quanto aos sujeitos, são os mesmos que podem ser sujeitos em outro qualquer processo judicial: o órgão judicial e as partes em litígio. Parte, por óbvio,

8. El proceso del trabajo em l teoria general del derecho procesal, *in: Estudios juridicos,* Madrid: Civitas, 1996, p. 538.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION182 182 4/10/2007 14:39:09

entendido em seu sentido processual, ou seja, como a pessoa titular de uma situação ativa ou passiva em relação à pretensão.

Quanto ao objeto, ele é idêntico a qualquer outro, isto é, a satisfação do direito.

Os atos processuais realizados no procedimento trabalhista não se diferenciam dos atos do processo civil, sendo apenas, em alguns casos, sujeitos às regras mais especiais. De um modo geral, aliás, o processo do trabalho se vale do processo civil para definição e realização desses atos.

Em relação ao procedimento, "o processo do trabalho e as diversas atividades que realizam seus objetos se ordenam em um procedimento igual a qualquer outro tipo processual"[9]. Aliás, há um paralelismo substancial nos procedimentos, especialmente quanto comparado o processo do trabalho aos ritos sumários e dos Juizados Especiais[10].

Aliás, pode-se afirmar que o antigo rito sumaríssimo previsto no CPC, o atual rito sumário e aquele estabelecido para os Juizados Federais, em verdade, valeram-se da experiência trabalhista[11].

Por fim, quanto aos efeitos, ele é idêntico a qualquer outro, já que o processo do trabalho também busca a formação da coisa julgada.

E mais. Podemos afirmar que o estudo, em relação ao processo do trabalho, das regras de competência, legitimidade, capacidade, invalidade processual, procedimento, jurisdição, ação, relação jurídica processual, provas, impugnações, dentre outros institutos de direito processual, não se diferiam em nada do estudo dessas mesmas figuras em relação ao processo civil. Quando muito, estudam-se as regras mais especiais, que dão tempero e eventualmente regime jurídico diverso a todos esses institutos.

4. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO E SUA APLICAÇÃO ÀS AÇÕES TRABALHISTAS

Verificamos, acima, que, em seus elementos essenciais, o processo do trabalho, assemelha-se a qualquer outro feito civil.

---

9. Ibidem, p. 541. Tradução livre do Autor.
10. Quanto ao procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho, cf., do autor, *Procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho,* LTr, passim.
11. Neste sentido, cf. Alcides de Mendonça Lima, *Processo civil no processo trabalhista,* passim.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION183 183 4/10/2007 14:39:10

Temos, ainda, para bem revelar essa identidade, que os conceitos fundamentais do processo civil também se aplicam ao processo do trabalho.

Assim é que o processo do trabalho é mero instrumento de restauração da ordem jurídica, compondo o conflito laboral, assim como o processo civil é instrumento de satisfação do ordenamento civil, buscando a pacificação social na esfera não-trabalhista.

Em nada o processo do trabalho se diferencia, quanto ao conceito fundamental do processo civil, de busca da concretização da ordem jurídica.

Outrossim, como já destacado acima, os conceitos processuais mais fundamentais, que tratam da ação, jurisdição e processo, em nada se diferenciam.

A existência de órgãos próprios para apreciar a demanda trabalhista, por outro lado, não daria, por si só, autonomia ao processo do trabalho, até porque não se pode confundir regra de competência, com regra de processo[12]. Não é porque o processo tem curso na Justiça do Trabalho que ele muda de natureza. O mandado de segurança é uma demanda mandamental, que visa impugnar ato de autoridade, seja na Justiça do Trabalho, seja na Justiça Federal ou Estadual. Sua natureza não muda, ainda que a competência para apreciar a demanda seja afeta a outro Órgão Judiciário.

Aliás, podemos destacar que a típica demanda trabalhista – a reclamação trabalhista -, não passa de uma ação de cobrança de prestações pecuniárias, o mais das vezes. Ela, portanto, não se diferencia de qualquer ação ordinária de cobrança ajuizada na Justiça Comum, salvo quanto ao rito e a competência.

5. PRINCÍPIOS DO PROCESSO DO TRABALHO

Costumam apontar as diferenças entre estes dois processos quanto aos princípios reitores. Apontam que o processo do trabalho teria princípios próprios, que lhe distanciaria do processo civil.

Assim é que Humberto Theodoro Júnior aponta como princípio característico do processo do trabalho o da finalidade social, que, em outras palavras, seria o princípio da proteção do hipossuficiente[13] aplicado ao processo judiciário.

12. A este respeito, tratando do rito aplicável às ações cíveis de competência da Justiça do Trabalho, cf., do autor, *Competência e Procedimento na Justiça do Trabalho. Primeiras Linhas da Reforma do Judiciário,* LTr, 2005.
13. *Os princípios do direito processual civil e o processo do trabalho,* p. 62.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION184 184 4/10/2007 14:39:10

Princípio este inerente ao direito material do trabalho, mas que contaminaria o processo do trabalho.[14]

Não temos dúvida de que esse princípio protetor atinge o processo do trabalho, de modo a justificar a incidência de regras processuais que acabam criando verdadeiros privilégios para o hipossuficiente.

Tal princípio, no entanto, por si só, não daria a pretendida autonomia ao processo do trabalho, até porque, todos os demais princípios que regem a ação laboral são comuns ao processo civil, a exemplo do princípio da oralidade, dispositivo, inquisitivo, da conciliação, da economia, da concentração, etc, ainda que com maior ou menor ênfase.

Ademais, o princípio protetor, em maior ou menor medida, também rege o processo civil na ação na qual seja parte o consumidor (que tem assegurado o direito a inversão do ônus da prova como instrumento de proteção ao direito material) ou, ainda, nas ações nas quais seja parte a Fazenda Pública, que goza de diversos privilégios processuais em proteção aos seus interesses (prazo em quádruplo, em dobro, embargos à execução na fase de execução de sentença, etc).

Vê-se, assim, que nem o princípio da finalidade social de proteção do hipossuficiente é exclusivo do processo do trabalho (esse princípio da proteção também contamina o processo penal).

Não é, pois, por esta outra razão, que se pode sustentar a autonomia do processo do trabalho.

6. A BUSCA EQUIVOCADA DA AUTONOMIA E O ESQUECIMENTO DO PROCESSO DO TRABALHO

Ao certo, qualquer estudioso do processo civil brasileiro já deve ter percebido que, apesar do processo do trabalho não ser autônomo, há um fosso enorme, e muitas vezes um esforço monumental, para separar um do outro.

Esse distanciamento do processo do trabalho em relação ao processo civil tem raízes na equivocada doutrina juslaboralista que sustenta sua autonomia, buscando distanciar o feito trabalhista das formalidades excessivas da demanda civil, bem como no não menos equívoco dos processualistas civis, que têm, em geral, ojeriza do processo laboral.

14. A este respeito, cf. Sérgio Ferraz, *A norma processual trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, passim.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION185 185 4/10/2007 14:39:10

Ambas as posições, no entanto, são equivocadas, em prejuízo ao desenvolvimento do processo.

Esse prejuízo fica bem claro quando verificamos que as reformas processuais levadas a efeito nos últimos anos têm deixado de lado o processo do trabalho, que acaba por ficar "para trás", tendo que se socorrer a "malabarismos" para compatibilizar as regras processuais da CLT às novas normas do CPC, muitas vezes, quase que inconciliáveis.

Exemplo mais recente temos em relação ao fim da ação de execução por título executivo judicial, que foi retirada do CPC, mas ainda permanece na CLT! Isso sem esquecer que a liquidação por simples cálculos ainda continua a ser previsto na CLT.

Por outro lado, a falta de estudo do processo do trabalho por parte dos processualistas civis conduz à falta de percepção de práticas processuais que, transportadas para o processo civil, apenas contribuiriam para seu aperfeiçoamento. Podemos mencionar, como exemplo a ser seguido, a regra de contagem do prazo a partir da data da comunicação à parte e não, da juntada aos autos do mandado respectivo (com isso se evitam 'custos por fora', perda de tempo e artimanhas abusivas). Essa é uma prática salutar do processo do trabalho, existente há mais de sessenta anos e que, ao certo, iria contribuir para celeridade do feito civil.

Aliás, estamos certo, hoje, que o processo civil precisa, antes de tudo, de uma reforma "cartorária", ou seja, é preciso mudar o processo civil em suas práticas burocráticas, cartorárias. Quanto mais se eliminar a atividade do servidor, ao certo mais o processo irá se desenvolver normalmente.

Assim, além da mudança da regra da contagem do prazo acima mencionado (eliminando um ato do servidor para início da contagem do prazo, lembrando que a juntada do mandado será indispensável para verificação do dia a quo), podemos destacar a regra da CLT que determina a citação do réu pelo distribuidor ou pelo diretor da vara quando este recebe diretamente a demanda, o que, ao certo, contribuiria para maior celeridade do feito cível.

Desse modo, podemos concluir, neste ponto, que em nada contribui para o aperfeiçoamento da legislação processual brasileira a tentativa de afastar o processo do trabalho do processo civil, além de faltar consistência científica a qualquer argumento neste sentido.

7. CONCLUSÕES

A partir do que foi dito acima em concisas palavras podemos, também em apertada síntese, concluir afirmando que o processo do trabalho não guarda

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION186 186 4/10/2007 14:39:10

autonomia em relação ao processo civil brasileiro, não passando aquele de mais um dentre muitos procedimentos especiais previstos em nosso ordenamento processual.

Por fim, concluímos que a tentativa de ressaltar a autonomia do processo do trabalho por parte dos processualistas trabalhistas e, por outro lado, o "esquecimento" do processo laboral por parte dos processualistas civis, somente têm contribuído para frear o desenvolvimento daquele e retardar a modernização deste outro.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* III v. São Paulo: Malheiros, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Justificação teórica dos procedimentos especiais.* In http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo57.htm, acessado em 13/02/2005.

FERRAZ, Sérgio. *A norma processual trabalhista.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

GUASP, Jaime. "Significación del processo del trabajo em la teoria general del derecho procesal". *In:* **Estudios Jurídicos.** Madrid: Civitas, 1996, p. 529-544.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo civil no processo trabalhista.* 3 ed. São Pulo: LTr, 1991.

MEIRELES, Edilton. *Procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Competência e Procedimento na Justiça do Trabalho. Primeiras Linhas da Reforma do Judiciário.* São Paulo: LTr, 2005.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 9 ed., 4 t., São Paulo: Malheiros, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os princípios do direito processual civil e o processo do trabalho. *In:* BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Compêndio de direito processual do trabalho. Obra em memória de Celso Agrícola Barbi.* São Paulo: LTr, 1998, p. 47-63.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION187 187 4/10/2007 14:39:10




CAPÍTULO IX

STEVEN SHAVELL E O PREÇO DO PROCESSO: NOTAS PARA UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL

Eduardo Ferreira Jordão*
Mateus Piva Adami**

Sumário: 1. Introdução – 2. Considerações sobre a Análise Econômica do Direito (AED): 2.1. O método econômico; 2.2. A crítica à AED: 2.2.1. A crítica à premissa da racionalidade maximizadora; 2.2.2. A questão da suposta finalidade da AED – 3. As potencialidades da Análise Econômica no Direito Processual Brasileiro: 3.1. A AED como auxílio na aplicação normativa; 3.2. A AED como instrumento de aprimoramento da política legislativa; 3.3. A AED como mecanismo de legitimação da atuação administrativa – 4. A AED Processual de Steven Shavell; 4.1. A "Teoria Básica da Litigância"; 4.2. As extensões da "Teoria Básica da Litigância"; 4.3. As limitações da AED Processual de Shavell para o Direito brasileiro: 4.3.1. A escassez de pesquisas quantitativas no Brasil; 4.3.2. A limitação do escopo da AED de Shavell; 4.3.3. A arbitrária restrição das finalidades processuais ao "deterrence"; 4.3.4. As ações de menor racionalidade econômica; 4.3.5. As limitações informacionais e o "deterrence"; 4.3.6. A decisão de conciliar ou levar a julgamento – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A publicação de *Economic Analysis of Litigation and Legal Process* de Steven Shavell nesta coletânea[1] possui intenção declarada: provocar o debate a propósito das potencialidades e dos limites de uma Análise Econômica do Direito Processual (doravante "AED Processual") no Brasil. Este professor da Universidade de Harvard é uma das figuras de maior destaque do movimento da AED – o líder de sua "terceira geração", nas palavras de Richard Posner, ele próprio um dos maiores especialistas no assunto.[2] O texto corresponde

(*) Mestrando em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP) e pela London School of Economics and Political Science (LSE).
(**) Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

1. Ver capítulo XXXVII deste livro.
2. De acordo com a categorização proposta por Richard Posner, a primeira geração da AED seria composta por autores como Gary Becker, Guido Calabresi e Ronald Coase, entre outros. A segunda geração incluiria o próprio Posner, além de William Landes e Isaac Ehrlich, discípulos de Becker. Shavell lideraria a terceira geração, em que ainda constariam Oliver Hart, Mitchell Polinsky, Lucian Bebchuk, Louis Kaplow e Alan Sykes. Posner ressalta ainda as características de cada uma destas gerações e os desafios das gerações futuras. Para maiores detalhes, ver Richard POSNER, "A Review of Steven Shavell's Foundations of Economic Analysis of Law", *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV (June 2006), pp. 405-414.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION189 189 4/10/2007 14:39:11

ao primeiro dos capítulos da sua obra *Foundations of Economic Analysis of Law*[3] referentes ao exame das normas processuais americanas. A escolha deste trabalho dentre tantos outros que Shavell produziu sobre o tema deve-se à sua natureza preliminar e genérica, bastante adequada a uma introdução.[4]

Uma "introdução" é, de fato, necessária. Ao contrário do que se passa nos Estados Unidos da América, em que a AED Processual é comum e relativamente bem desenvolvida, no Brasil não há sequer um estudo acadêmico sobre o tema. Este é um fato a se lamentar. Não é necessário embarcar em "modismos econômicos" para admitir a relevância da perspectiva econômica para o exame do fenômeno jurídico. De um lado, ela permite a mais plena compreensão da razão de ser de algumas normas jurídicas – circunstância que contribui para que elas sejam mais bem aplicadas.[5] De outro, provê o jurista de um instrumental essencial na avaliação crítica da eficiência das normas positivadas.

Óbvio, a admissão das potencialidades da utilização do método econômico para o exame do fenômeno jurídico não implica que se possam importar acriticamente as considerações que a seu respeito se tenham procedido em outro país, onde vigem outra tradição e outro sistema jurídico. Será sempre necessário proceder a uma filtragem das lições estrangeiras para que elas possam servir à nossa realidade.

Nem tanto, nem tão pouco: é necessário encontrar a exata medida da utilidade deste método científico para o exame da normatividade processual brasileira. Este artigo se presta a dar um primeiro passo nesta direção. Para tanto,

---

3. Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.
4. Apenas para citar alguns de seus textos sobre o assunto: "The Appeals Process and Adjudicator Incentives", *Journal of Legal Studies*, Volume 35, 2006, pp. 1-29; "The Level of Litigation: Private versus Social Optimality", *International Review of Law and Economics*, Volume 19, Number 1, March 1999, pp. 99-115; "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, Volume 26, Number 2, Part 2, June 1997, pp. 575-612; "Reply to a Comment on "The Appeals Process as a Means of Error Correction"", *Legal Theory*, Volume 2, 1996, pp. 83-85; "Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial is Possible", *Journal of Legal Studies*, Volume 25, Number 2, 1996, pp. 493-501; "The Appeals Process as a Means of Error Correction", *Journal of Legal Studies*, Volume 24, Number 2, June 1995, pp. 379-426; "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, Volume 24, Number 1, January 1995, pp. 1-28; "Suit versus Settlement when Parties Seek Nonmonetary Judgments", *Journal of Legal Studies*, Volume 22, Number 1, January 1993, pp. 1-13; "Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation", *Rand Journal of Economics*, Volume 20, Summer 1989, pp. 183-195; "Optimal Sanctions and the Incentive to Provide Evidence to Legal Tribunals", *International Review of Law and Economics*, Volume 9, June 1989, pp. 3-11; "The Judgment Proof Problem", *International Review of Law and Economics*, Volume 6, Number 1, June 1986, pp. 45-58; "The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", *Journal of Legal Studies*, Volume 11, June 1982, pp. 333-339; "Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", *Journal of Legal Studies*, Volume 11, January 1982, pp. 55-81.
5. Fábio NUSDEO, *Curso de economia:* introdução ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 19.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION190 190 4/10/2007 14:39:11

inicia-se com uma breve exposição sobre os fundamentos da AED, oportunidade em que também se enfrentarão os supostos empecilhos genéricos à sua utilização no Brasil. Após este momento inicial, ingressa-se no exame específico das potencialidades da Análise Econômica do Direito Processual brasileiro, a partir das lições de Steven Shavell. Seu texto será usado como guia para debater a utilidade deste enfoque em nosso sistema jurídico.

Finalmente, e antes de prosseguir, é preciso justificar a inserção de um artigo desta natureza numa coletânea sobre a Teoria Geral do Processo. Segundo nos parece, esta última expressão não possui significado único. Na hipótese mais comum, denota o estudo de *conceitos* aplicáveis a todos os ramos do Direito Processual (Civil, Trabalhista, Penal, Administrativo).[6] Seu conteúdo equivale à análise de noções como jurisdição, ação, competência, litisconsórcio, prazos, nulidades. Num segundo sentido, a TGP abarca o estudo da *normatização* comum às diversas espécies processuais, compreendendo o exame de princípios compartilhados, como contraditório ou juiz natural.[7] Finalmente, pode designar uma secção interdisciplinar da ciência processual, em que o Direito Processual é examinado sob as lentes da Economia, da Filosofia ou da História, por exemplo.[8] Nesta última acepção, há lugar para uma Análise Econômica do Direito Processual.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

2.1. O método econômico

A análise econômica do fenômeno jurídico possui origens históricas bastante remotas. Suas primeiras manifestações significativas se encontram já nos estudos de Jeremy Bentham, Giuseppe Beccaria, Adam Smith e Karl Marx.[9] Bastante

6. Ver, por exemplo: Marcus Orione Gonçalves CORREIA, *Teoria Geral do Processo*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2003; Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2004; Carlos Cortes FIGUEROA, *En torno a teoría general del Processo*, 3. ed., México, Cardenas, 1994; Carlos Arellano GARCÍA, *Teoría General del Proceso*, México, Porrúa, 2005; Gonzalo Armienta CALDERÓN, *Teoría General del Proceso*, México, Porrúa, 2003; Galeno LACERDA, *Teoria Geral do Processo*, Rio de Janeiro, Forense, 2006; Gil Ferreira de MESQUITA, *Teoria Geral do Processo*, Uberlandia, IPEDI, 2004.
7. Luis Dorantes TAMAYO, *Teoría del Proceso*, México, Porruá, 2004; Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2004; José Ovalle FAVELA, *Teoría general del proceso*, 6. Ed, México, Oxford, 2005.
8. Ver o cap. 7 de Manuel Galdino da PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria Geral do Processo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
9. Cf. Richard POSNER, "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho". *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 66; Alexandre FARACO e Fernando Muniz SANTOS,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION191 191 4/10/2007 14:39:11

mais recente, o surgimento da moderna Escola de Análise Econômica do Direito coincide com a publicação, no final da década de 50 e início da década de 60, de três artigos: o estudo de Gary Becker sobre a discriminação racial, um artigo de Guido Calabresi sobre responsabilidade civil e o texto de Ronald Coase sobre o custo social.[10] Neste último, Coase revela as relações existentes entre a Economia e o Direito, concluindo com uma idéia bastante desconcertante para os juristas: à ausência de custos de transação[11], as normas jurídicas não possuem efeito sobre a repartição de recursos e sobre as condutas humanas (Teorema de Coase).[12] Assim, nesta situação ótima, a alocação inicial dos direitos de propriedade, por exemplo, não afetaria o efetivo uso que se lhe daria.

Nestes três estudos inaugurais, a "Análise Econômica do Direito", antes circunscrita a domínios mais propriamente "econômicos", ganha maior amplitude. Fundamentalmente, a Economia passa a ser entendida como um *método* aplicável aos mais diversos campos do conhecimento humano.[13] Este método consiste

---

"Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE.* n. 1. jan/mar 2003, p. 79; Fábio Ulhôa COELHO, "A análise econômica do direito". *Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/SP*. São Paulo. n.2. 1995, p. 156; José SARAIVA, "Análise econômica, o conhecimento do direito e a realidade jurídica brasileira". Universitas/Jus. Brasilia. n.2. jul./dez. 1998, p. 85.

10. Os textos referidos são os seguintes: Gary BECKER, *The economics of discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1957; Guido CALABRESI, "Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal* 499 (1961); Ronald COASE, "The problem of social cost", 3 *Law & Economics* 1 (1960).
11. Os custos de transação são normalmente definidos como aqueles custos em que uma empresa incorre ao satisfazer as suas necessidades operacionais no mercado, ao invés de fazê-lo internamente (adquirir matéria prima, por exemplo). Há diversas outras formas de defini-lo. Na tese de Carl DAHLMAN, os custos de transação correspondem aos custos empresariais de "pesquisa, informação, negociação, decisão, segurança e controle". Na sintética definição de Oliver WILLIAMSON, é a dúvida entre "fazer e comprar" (in Richard JANDA, "État des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents". *Archives de Philosophie du Droit*. Paris. n. 37, 1992, p. 176).
12. Ensina Richard JANDA: "*Coase démontre qu'en l'absence de coûts de transaction, les parties en arriveront à la même allocation ou répartition des ressources. Quels que soient l'usage qu'il fait de son bien un propriétaire impose des coûts aux tiers – ce que Coase qualifie de "coûts sociaux" et que l'on appelle généralement des "effets externes" négatifs –, il importe peu que le droit en attribue la responsabilité au propriétaire ou qu'il laisse plutôt les tiers en supporter les poids"* (in "État des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents". *Archives de Philosophie du Droit*. Paris. n. 37, 1992, p. 174). Na formulação de Richard POSNER: *"If transaction costs are zero, the initial assignment of a property right - for example, whether the polluter or to the victim of pollution - will not affect the efficiency with which resources are allocated*" (in "Nobel Laureate: Ronald Coase and Methodology". *Journal of Economic Perspectives*. v. 7. n. 4. Outono 1993, p. 196).
13. Uma extrapolação desta idéia pode ser conferida no interessante *best-seller* de Steven D. LEVITT e Stephen J. DUBNER, *Freakonomics*: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta, São Paulo, Campus, 2005. Richard POSNER sustenta que o primeiro grande "extrapolador" foi Gary BECKER: *"More than any other economist in the history of the profession, with the possible exception of Bentham, Becker has insisted that the model of rational choice can be applied to all social behavior. (Notice that I have not even qualified this by saying all human social behavior.) This insistence has been immensely important*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION192 192 4/10/2007 14:39:11

na análise da "escolha racional", em um mundo em que os recursos são limitados diante das necessidades humanas. A tarefa da Economia é explorar as implicações da assunção de que o homem é um "maximizador racional" de seu próprio interesse.[14] Este conceito implica que o homem responde a incentivos para aumentar a sua satisfação pessoal. Dele deriva o potencial de previsibilidade das condutas promovidas a partir de estímulos normativos, fator que é uma das bases da moderna AED.[15]

Na sistematização de Steven Shavell, são três as características principais e peculiares da análise econômica: (i) o uso enfático de estatísticas, de testes empíricos e de modelos simplificados da realidade; (ii) o peso que é posto na idéia de racionalidade tendente à maximização da utilidade pessoal para o exame dos comportamentos humanos; (iii) a explicitação das medidas de bem-estar social levadas em consideração, que restam obscuras em outros enfoques.[16]

2.2. A crítica à AED

A Análise Econômica do Direito é alvo de duros questionamentos. Chega-se mesmo a duvidar da utilidade deste método, com base em duas críticas recorrentes. A primeira delas atinge um dos seus pressupostos: a idéia de racionalidade na atuação humana dirigida à satisfação pessoal. A segunda delas ataca a suposta finalidade única deste método científico: garantir a eficiência econômica. Analisemo-las separadamente.

2.2.1. A crítica à premissa da racionalidade maximizadora.

Uma das críticas dirigidas à Análise Econômica do Direito busca colher um de seus pressupostos: a idéia da racionalidade humana tendente à maximização da utilidade pessoal. O questionamento é duplo. Primeiro, a premissa da

---

for the law and economics movement", in "Gary Becker's Contributions to Law and Economics", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2. (Jun., 1993), p. 213.

14. Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, pp. 3-4.
15. Concluem Alexandre FARACO e Fernando Muniz SANTOS: *"O ser econômico, em suma, é considerado como um indivíduo que age racionalmente, buscando maximizar a sua utilidade, tomando decisões alocativas de recursos dentro dessa perspectiva. Assim sendo, é esperável que o indivíduo reaja a mudanças de modo a que preserve seus recursos e possa, em última análise, seguir maximizando a sua utilidade"* (in "Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE.* n. 1. jan/mar 2003, p. 32). Nas palavras de José Ramon COSSÍO DÍAZ, a Análise Econômica do Direito corresponde ao *"estudio de conductas económicas realizadas en las condiciones determinadas por normas jurídicas"* (in *Derecho y análisis económico*, México, ITAM, 2002, p. 238).
16. Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 4.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION193 193 4/10/2007 14:39:12

racionalidade é posta em dúvida. Afirma-se que não é razoável pressupor a análise racional prévia a todos os atos da vida humana, quando muitas das ações cotidianas são impensadas ou irrefletidas. Segundo, questiona-se o pressuposto *individualista* adotado pela AED. Apresentam-se, contrariamente, diversos exemplos de situações em que as pessoas fazem opções ou tomam decisões altruístas, despidas de interesses próprios. A idéia aqui é a de que nem sempre a ação humana é movida por interesses egoísticos. Destas duas objeções salta-se à conclusão da inutilidade do método econômico aplicado ao fenômeno jurídico.

A crítica, contudo, não procede. Em primeiro lugar, não é necessário que haja uma reflexão *premeditada* anterior a cada ação para que se possa falar em racionalidade humana. A opção pela via da maximização da utilidade individual pode decorrer – e freqüentemente decorre – de uma ponderação inconsciente.[17] Mais importante ainda, a objeção parece desconhecer a chamada "Lei dos Grandes Números", segundo a qual *"a dispersão e a diversidade dos comportamentos, atos e fatos relativos a indivíduos isoladamente considerados ou a pequenos grupos tendem a se reduzir drasticamente quando vistos em seu contexto global"*.[18] Deste modo, a objeção em questão de modo algum afeta a premissa da racionalidade humana. De um lado, tal racionalidade não depende de um "cálculo consciente" para cada ação humana. De outro, ações "irracionais" eventuais não infirmam o padrão de racionalidade que é prevalente.

Em segundo lugar, e muito mais sutil, nem sempre é útil, para demonstrar a correção de uma teoria, valer-se do método de comparar seus pressupostos com a realidade. Richard Posner[19] esclarece com um exemplo: *"Seguido consistentemente, este enfoque nos levaria (...) ao absurdo de negar a primeira lei de*

17. No mesmo sentido, Richard POSNER esclarece que *"La idea de que el único resorte de la acción humana son las decisiones bien pensadas es ingenua. No hay que ser un freudiano para darse cuenta de que muchas acciones humanas con un propósito se formulan en un nível inconsciente"* (in "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho". *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 83). Neste mesmo sentido, ver Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, pp. 3-4, em que o autor sustenta que *"Rational maximization should not be confused with conscious calculation"*.
18. Cf. Fábio NUSDEO, *Curso de economia:* introdução ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 67-68. Afirma ainda o autor: *"As reações imprevisíveis, erráticas ou inteiramente discrepantes a que se atêm os céticos quando criticam as explicações científicas no campo social não constituem a regra do comportamento humano, mesmo quando individualmente considerado, o qual aliás não é o objeto da Economia, como, de resto, de nenhuma outra ciência. Quando, porém, focalizado o grupo maior ou a sociedade como um todo, tais reações discrepantes passam a representar uma verdadeira e negligenciável exceção"*.
19. Para uma melhor compreensão das idéias de POSNER a este respeito, recomenda-se a leitura de Sebastião MACHADO FILHO, "O pragmatismo jurídico de Richard A. Posner e sua análise econômica". Revista *da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo. v.10. n.10. 2002.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION194 194 4/10/2007 14:39:12

Newton ("na ausência de forças atuando sobre ele, um corpo permanece estático, ou em um movimento retilínio uniforme") com base em que a sua condição antecedente (ou suposto) – a ausência de forças – nunca se realiza".[20] De fato, várias premissas normalmente utilizadas em estudos econômicos, como concorrência perfeita, conhecimento perfeito, e respostas instantâneas dos agentes econômicos ao aumento do preço, por exemplo, não são, na prática, verificáveis. Nem por isso, os estudos que os tomam como premissas são imprestáveis.[21] Este é apenas um outro modo de dizer que a Análise Econômica do Direito envolve um método científico *dedutivo*. Ou seja, define situações e comportamentos hipotéticos mesmo antes de verificar a sua efetiva existência.[22]

É também por esta razão que Posner requer uma legitimação "posterior" da Análise Econômica do Direito – mais precisamente, uma legitimação "por resultados". Seu valor não estaria na colheita de dados reais relevantes, para posterior exame, mas na capacidade de explicar e prever as condutas a partir de alguns estímulos normativos. Tendo em vista o seu sucesso neste particular, é razoável supor que a idéia do homem como "maximizador racional" não diste tanto da realidade, como se poderia imaginar.[23]

Muito próxima desta crítica é aquela que reprova o uso de modelos simplificados, em que se destacam (e se consideram) apenas algumas das circunstâncias factualmente verificáveis. Aqui também a idéia é a de que os economistas baseariam o seu raciocínio em premissas equivocadas, do que decorreria a inutilidade de suas conclusões. O fato é que a representação da realidade em modelos simplificados não veicula somente as limitações do método econômico, mas também os seus méritos: evidentemente, é esta simplificação que permite a melhor

20. Richard POSNER, "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho". *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 66.
21. Neste mesmo sentido, entendem Alexandre FARACO e Fernando Muniz SANTOS: *"Para que a escassez seja contornada, ou ao menos minimizada, a economia neoclássica assume que os indivíduos agem racionalmente. Trata-se de um apoditismo, ou seja, uma premissa básica, a qual, evidentemente, pode ser contestada em termos concretos. Todavia, essa premissa é necessária, pois permite investigar padrões comportamentais, e, assim, avaliar a previsibilidade das condutas, o que torna possível a teorização a respeito dos comportamentos humanos, em face da escassez"* (in "Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE.* n. 1. jan/mar 2003, p. 32).
22. Ensina Fábio NUSDEO que os métodos indutivos *"decorrem da indução, observação e mensuração estatística dos fatos e do estabelecimento de possíveis relações funcionais entre as variáveis que os representam"*, ao passo que os métodos dedutivos partem "de uma proposição de grande potencialidade explicativa, independente de qualquer observação prévia" (in *Curso de economia:* introdução ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 67-68).
23. Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, p. 18. Ver também José Ramon COSSÍO DIAZ, *Derecho y análisis económico*, México, ITAM, 2002, p. 227.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION195 195 4/10/2007 14:39:12

compreensão e apreensão da realidade.[24] Posner é enfático: *"Uma teoria econômica do Direito não capturará a inteira complexidade e riqueza dos fenômenos (...) que ela busca iluminar. Mas este déficit de realismo no sentido de completude descritiva, longe de invalidar a teoria, é sua pré-condição. Uma teoria que buscasse reproduzir fielmente a complexidade do mundo empírico em suas assunções não seria uma teoria – uma explicação –, mas uma descrição"*.[25]

Uma importante analogia poderia ser feita com um mapa. Toda representação cartográfica deste tipo consiste na simplificação (redução) de uma realidade. Neste processo, perdem-se diversos detalhes aferíveis no mundo real – e, portanto, um mapa é só *relativamente* uma acurada representação da realidade. Por outro lado, é evidente que um hipotético mapa de escala 1:1 não teria qualquer utilidade. Neste mesmo sentido, Posner sugere que o maior risco que corre o cientista não é o "reducionismo", mas o seu oposto, que ele denomina "complicacionismo": a inserção de diversas variáveis (como custos de informação e aversão a riscos) que tornam o modelo dificilmente aferível na realidade.[26] A observação é válida, mas deve ser aceita com ressalvas. Evidentemente, há também o risco da escolha inadequada das variáveis. A desconsideração de fatores relevantes poderá minar a capacidade preditiva e explicativa de um modelo.

2.2.2. A questão da suposta finalidade da AED

Outra crítica bastante difundida mas redundamente mal informada é a de que a análise econômica do Direito seria necessariamente prescritiva, e a sua finalidade seria garantir a realização da eficiência econômica. É neste sentido que Fábio Ulhôa Coelho sustenta o seguinte: *"A hipótese com que trabalha a análise econômica do direito é a de que o juiz, ao decidir as demandas, deveria adotar a solução que se revelasse a mais eficiente. (...) Há, na verdade, uma hierarquia implícita a qualquer empreendimento teórico com tal diretriz: a economia deve prevalecer sobre o direito; isto é, a eficiência econômica deve nortear a aplicação da ordem jurídica"*.[27] Usualmente, a esta observação se segue a conclusão de que, portanto, a análise econômica não poderia ser utilizada entre nós, tendo em

24. Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 1.
25. Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, p. 18.
26. Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, p. 18.
27. Fábio Ulhôa COELHO, "A análise econômica do direito". *Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/SP*. São Paulo. n. 2. 1995, p. 160.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION196 196 4/10/2007 14:39:12

vista que a nossa ordem jurídica consagra outras finalidades que não a eficiência econômica.[28]

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que esta crítica ignora a existência de diferentes espécies de AEDs, a normativa e a positiva. A análise econômica *normativa* é de fato utilizada para argumentar o que *deve ser*. Há, no caso, claro matiz preceptivo: busca-se alcançar resultados concretos, estudam-se as normas sob um ponto de vista econômico para examinar de que forma uma sua alteração viabilizaria determinado fim. Há, enfim, um evidente caráter finalístico, funcional. Os autores que empreendem uma análise econômica normativa visam a um exame crítico das normas em relação ao atingimento de determinado fim. A conclusão destes estudos é sempre em forma de "tal deve ser feito para alcançar-se tal fim". Entretanto, a análise econômica *positiva* é, por assim dizer, mais "neutra".[29] A intenção do estudo é demonstrar como as coisas efetivamente *são*, valendo-se de métodos econômicos para *entendê-las*, não para modificá-las. Em poucas palavras, aqui a preocupação é menos "melhorar" do que "entender" o mundo, ainda que não se negue que esta segunda seja uma etapa na consecução do primeiro objetivo.

Esta distinção é fundamental[30] para compreender a análise econômica do direito em sua inteireza. A este respeito, pronuncia-se Richard Posner: *"A*

28. Assim também, observam Alexandre Ditzel FARACO e Fernando Munis SANTOS: *"Grande parte do problema em reconhecer alguma possibilidade aplicativa à análise econômica do direito decorre da especificidade de sua vertente mais conhecida, baseada na idéia de que o princípio da eficiência deveria ser o único critério a orientar a aplicação do direito. Todavia, reconhecer a incompatibilidade óbvia das elucubrações de Posner com a dogmática jurídica brasileira não implica recursar em absoluto o instrumental da economia. Em algumas situações a atividade do jurista deveria considerá-lo (e de fato o considera), ainda que sem precisar se subordinar a uma noção neoclássica de eficiência alocativa"* (in "Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE.* n. 1. jan/mar 2003, p. 43).

29. Na terminologia usada por Shavell, a Análise Econômica do Direito pode ser normativa ou *descritiva.* Ver *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 1. José Ramon COSSÍO DÍAZ fala em "rama predictiva y rama de eficiencia" (v. *Derecho y análisis económico*, México, ITAM, 2002, p. 238 e SS).

30. *"No âmbito do direito, a análise econômica positiva seria a avaliação de dados empíricos, relativos à aplicação de determinada norma jurídica, com o intuito de verificar sua eficácia social, ou efetividade, a partir da metodologia própria da economia. Em suma, a idéia seria explicar normas jurídicas e seus efeitos como eles são, sem a intenção de mudá-los ao gosto de determinada teoria. Com efeito, o aplicador do direito ver-se-ia, aqui, envolto em discussões econométricas acerca do grau de contenção social ou de incentivo à prática de condutas alternativas à sancionada por determinada lei. Por sua vez, a análise econômica do direito normativa buscaria analisar em que grau a eficiência econômica poderia ser utilizada como critério a guiar a construção de raciocínios jurídicos. Ao contrário do enfoque positivo, aqui se busca estabelecer uma função específica para o direito, dentro de uma perspectiva econômica baseada no gradual aperfeiçoamento de um mercado, em termos concretos, ineficiente"* (in Alexandre FARACO e Fernando Muniz SANTOS. "Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE.* n. 1. jan/mar 2003, p. 32).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION197 197 4/10/2007 14:39:12

distinção entre positivo e normativo, entre explicar o mundo como ele é e buscar mudá-lo para fazê-lo melhor, é básica para entender o movimento da AED. Sem embargo, é uma distinção difícil para os advogados, porque são invariavelmente normativos, e tal dificuldade é uma fonte comum de confusão, pois muitas das críticas que caberiam para a análise econômica normativa não se aplicam para a análise econômica positiva".[31] No caso, a crítica que ora se analisa é (no máximo) aplicável apenas à análise econômica normativa – não à positiva. Quanto a esta, suas conclusões são neutras: a intenção é, apenas, esclarecer o que *efetivamente ocorre* (por exemplo, qual comportamento se pode esperar do aumento da pena para determinado crime), não aquilo que *deveria ocorrer*. Munido desta informação, as possibilidades de atuação de um agente político, por exemplo, são inúmeras.[32] Portanto, acaba-se por criticar a análise econômica do direito por características que não lhe são inerentes.[33]

Mas é preciso ir mais além no enfrentamento desta crítica. Ainda quando seja direcionada especificamente à AED normativa, ela não será totalmente pertinente. A *normatividade* desta espécie de AED significa que as suas conclusões possuem natureza prescritiva, mas isto não implica a imposição do valor "eficiência econômica" sobre outros valores juridicamente protegidos. Note-se que a eficiência é quase sempre um *valor-meio*. *Quaisquer* valores juridicamente protegidos podem ser realizados com dispêndio excessivo ou ótimo dos recursos escassos, bem como através de vias eficazes ou ineficazes. A AED normativa, na maioria dos casos, prescreverá a adoção dos meios mais baratos ou mais eficazes para a realização de finalidades sociais de qualquer ordem. Isto significa que o recurso à eficiência não visa a promover a substituição de outros valores, mas a garantir-lhes a realização.

---

31. Richard POSNER, "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho". *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 69. Ver também Mario RIZZO, "The mirage of efficiency", (1979-1980) 8 *Hofstra Law Review* 641.
32. *"El uso de la economía para apoyar recomendaciones de política legal parece suscitar inevitablemente el tema de la adecuación de la economia como un sistema normativo, pero en realidad no lo hace. El economista que demuestra que los delincuentes responden a incentivos y que, por tanto, cometen menos delitos cuando las sanciones son más severas no está empleando um análisis normativo. (...) Al medir costos y beneficios econômicos, el economista, en su calidad de economista, no está comprometido con la tarea particular de decir a los realizadores de políticas cuánto peso asignar a los factores econômicos* (in Richard POSNER, "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho". *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México, FCE, 2002, p. 70).
33. São parecidos os argumentos de Guido CALABRESI, "First party, third party, and product liability systems: can Economic Analysis of Law tell us anything about them", *Iowa Law Review*, n. 69, 1984. Neste mesmo sentido, Richard POSNER defende não ser razoável rejeitar a Análise Econômica do Direito apenas por não compartilhar de sua versão mais agressiva (in *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York, Aspen, 1998, p. 29).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION198 198 4/10/2007 14:39:13

Neste sentido, uma norma hipotética será dita superior a outra (e a AED, então, prescreverá a sua adoção) quando ela permitir que determinado valor ou finalidade social seja alcançado de forma mais eficiente. Esta finalidade social, contudo, não precisará possuir "conteúdo econômico".[34] Num exemplo real, uma escola nos Estados Unidos da América pretendia que os pais viessem buscar os seus filhos diariamente logo após o término das aulas. Para alcançar este objetivo, estipulou uma taxa para pais atrasados. A análise econômica demonstrou que a norma em questão causava efeito inverso ao pretendido: uma vez que estavam pagando as referidas taxas, os pais atrasados sentiam-se legitimados a atrasar ainda mais.[35] Outros meios mais eficientes poderiam ser propostos por uma AED normativa, sem que a finalidade ("não-econômica") da norma em questão fosse alterada. Fixa-se primeiramente o objetivo social, perseguido posteriormente com a ajuda do instrumental da eficiência econômica. Não se propõe a substituição das finalidades sociais fixadas pelas normas jurídicas, mas a sua realização pela via menos onerosa, sempre que houver mais de um meio disponível.

Apenas quando o emprego destes meios mais eficientes propostos pela AED chocarem ou impedirem a realização de outros valores juridicamente protegidos e que se poderá cogitar da aplicabilidade da crítica em comento.[36] Todavia, isto está bastante longe de constituir a regra na Análise Econômica do Direito, mesmo na sua espécie normativa.

3. AS POTENCIALIDADES DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Feitas estas precisões acima, pode-se passar à exposição referente às utilidades da análise econômica do direito em nosso ordenamento. Antecipamos, de logo, o nosso entendimento, para, em seguida, desenvolvê-lo. São três as funções que a análise econômica do direito pode desempenhar em nosso ordenamento:

---

34. Neste mesmo sentido, Steven SHAVELL aponta que *"the conception of social welfare employed in welfare economics is quite general and plausibly can accommodate the views of the social goods of most readers"*. Em outro trecho, afirma o professor Americano: *"It should therefore be noticed that normative analysis is conditional in nature, in that the legal rule that is best may depend on the social welfare criterion under consideration. If the social goal were simply to minimize the number of automobile accidents, the best rule might well involve severe punishment for causing an accident, whereas if the social goal were also to include the benefits people obtain from driving, the best rule would be unlikely to involve very rigorous punishment for causing an accident"* (in *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 1).
35. O exemplo foi retirado do livro de Steven D. LEVITT e Stephen J. DUBNER, *Freakonomics*: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta, São Paulo, Campus, 2005.
36. Dizemos *cogitar* porque mesmo nestes casos de choque de valores será necessário proceder a uma ponderação dos valores envolvidos. Em muitos casos, a eficiência econômica também será um juridicamente protegido.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION199 199 4/10/2007 14:39:13

(i) auxílio na aplicação normativa; (ii) instrumento de aprimoramento da política legislativa; (iii) mecanismo de legitimação da atuação administrativa.

3.1. A AED como auxílio na aplicação normativa

A primeira hipótese na qual o instrumental econômico pode e deve ser usado é aquela em que esta utilização deriva como determinação da própria norma; a economia é, enfim, pressuposto da aplicação normativa. Há razões diversas para que se prevejam tais fatos econômicos nos enunciados normativos. Em alguns casos, quer-se disciplinar situações que só podem ser expressas em termos econômicos – é um fato econômico que se quer regular. Noutros, pretende-se atingir determinado objetivo, também só (ou melhor) descrito em suas propriedades econômicas.

Neste passo, são duas as possibilidades: ou bem se estatuiu um "fato econômico" como pressuposto de aplicabilidade de uma conseqüência normativa; ou bem se previu que determinado fato deveria dar ensejo a uma dada conseqüência normativa, definida em termos econômicos. No primeiro caso, a aplicação da conseqüência normativa depende da verificação do fato que é seu pressuposto. Será necessário recorrer ao conhecimento econômico para reivindicar a incidência normativa ou pleitear o seu afastamento. Um exemplo muito claro é o do art. 20, II, da lei n. 8.884/94, que prevê constituir infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de *"dominar mercado relevante de bens ou serviços"*. Para afirmar-se a ocorrência da hipótese de incidência normativa ou para refutá-la será necessário recorrer ao método econômico. No segundo caso, exige-se de determinados indivíduos ou entidades que, para agirem em conformidade com o Direito, realizem determinado estado de coisas economicamente definido. É esta a norma que se extrai do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal): estatui-se, no caso, um dever ao administrador público de gerir eficientemente os recursos de que dispõe para atingir os seus objetivos constitucionais.

Ainda no que concerne ao uso da AED como auxílio na aplicação normativa, deve-se fazer referência ao conteúdo econômico implícito de inúmeras normas do nosso Direito. O conhecimento desta racionalidade econômica que lhes informa certamente contribuirá para uma aplicação mais coerente com a sua finalidade. Nas palavras de Fábio Nusdeo, é *"inócuo e vazio brandir o advogado, perante os tribunais ou numa reunião profissional, os códigos e as leis, citá-los de memória, discutir o sentido literal ou o lógico-formal das suas normas, se se revelar jejuno quanto ao seu conteúdo, à sua funcionalidade e ao seu destino"*.[37]

37. Fábio NUSDEO, *Curso de economia:* introdução ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo, RT, 2000, p. 19.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION200 200 4/10/2007 14:39:13

É importante assinalar, por fim, que, no caso das análises econômicas para aplicar normas, mais parece haver uma análise econômica *para* o Direito, do que *do* Direito (para a aplicação do Direito). Não se examina o fenômeno jurídico, mas o fenômeno fático para verificar a incidência da conseqüência normativa.

3.2. A AED como instrumento de aprimoramento da política legislativa

Uma segunda – e muito evidente – utilidade da análise econômica é a de instrumento de aprimoramento da política legislativa. Não há grande mistério nesta hipótese. Já se afirmou como grande fundamento da análise econômica do direito a questão da racionalidade no agir humano. Pressupondo-o, é possível prever a realização de determinadas condutas pelos cidadãos, em razão de determinada norma (e em qual medida esta conduta poderá ser esperada). O potencial deste método para contribuir com a modelagem normativa é incontroverso. [38] Note-se, aliás, que a AED poderá ajudar a aprimorar a efetividade dos fins normativos, tanto sob o ponto de vista da efetividade do estímulo (do ponto de vista da resposta do indivíduo que sofre a regulamentação), como da eficiência das estruturas políticas (do ponto de vista do arranjo institucional, por exemplo).

A preocupação dessa possibilidade de aplicação cinge-se à questão dos incentivos que conduzem os indivíduos a agir de tal ou qual forma. Um bom exemplo é visto na legislação contratual pública. Quando um particular é contratado para simplesmente executar uma obra, ele tende a despender o mínimo possível de recursos, no limite mais próximo possível daquele que possa significar uma perda de qualidade (e conseqüente aplicação de uma sanção, caso a falha seja identificada). Em outra forma de contratação, na qual esse mesmo particular fique incumbido não apenas de construir, mas também de manter o bem resultante da obra por um prazo determinado, os recursos serão aplicados para evitar despesas com manutenção – o que representa um ganho de qualidade da obra. Esses incentivos podem ser verificados em uma comparação entre as Leis Federais 8.666/93 (licitações), 8.987/95 (concessões) e 11.079/04 (PPP).

Reforce-se, apenas, que a análise econômica do direito não necessariamente *define* ou *determina* as medidas que serão adotadas pelo legislador. Apenas o nutre de informações que poderão ser relevantes no desempenho desta função. É

38. Um exemplo de texto que vai nesta direção é o do professor Guido CALABRESI, "First party, third party, and product liability systems: can Economic Analysis of Law tell us anything about them". *Iowa Law Review*, n. 69, 1984. Lê-se, em seu estudo, a seguinte passagem, a revelar o seu intento: *"With these comments as background, I would like to look at three types of automobile accident law systems and contrast them with each other and with general social insurance for accidents. From this I hope to derive some notions of what kinds of things economic analysis can tell us and what it cannot tell us about law and its reform"*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION201 201 4/10/2007 14:39:13

dizer: pode o legislador, após receber as conclusões de uma análise econômica, recusar-se a adotar a solução legislativa que, em tese, levaria à melhor eficiência alocativa, por entender necessário valorizar outra finalidade, como aquelas de matizes distributivos, por exemplo. Nem nesse caso se haverá de negar a utilidade da análise econômica, que o muniu das informações necessárias para a sua decisão.

3.3. A AED como mecanismo de legitimação da atuação administrativa

Por fim, pode-se citar a utilidade da Análise Econômica do Direito como mecanismo de legitimação da atuação administrativa. Aqui, faz-se referência à possibilidade de fazer uso da AED para *motivar* a atuação administrativa. Explique-se.

Tão grande é a importância do princípio da motivação da atuação administrativa para o Direito Administrativo que bem se poderia afirmar que ambos possuem surgimento contemporâneo. Não se concebe um sem o outro. Ambos são produtos da implantação de um Estado de Direito, cuja principal característica é a responsabilidade da Administração Pública perante os cidadãos. Do ponto de vista estritamente jurídico, o dever de motivação é corolário do princípio da legalidade.[39] No Estado de Direito, a Administração Pública é *subordinada à lei*, que expressa a vontade geral. Sua atuação, portanto, não é livre, mas vinculada aos inafastáveis ditames legais. É corrente afirmar-se que, enquanto aos particulares é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Enquanto para os particulares a lei estabelece limitações, para a Administração, ela é pressuposto da atuação. Daí a necessidade de motivar a sua atuação, para comprovar o atendimento da determinação legal. Motivar, em suma, consiste em apontar os fundamentos de fato e de direito que determinaram aquela específica atuação administrativa, bem como a correlação lógica existente entre a providência adotada e o estado de coisas que se levou em consideração.[40]

---

39. Entre nós, o dever de motivar possui múltiplos fundamentos constitucionais. Decorre já seja da enunciação de tratar-se a República Federativa do Brasil de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput) ou das previsões da cidadania como fundamento da República (art. 1º, II), de todo o poder como de titularidade do povo (parágrafo único do art. 1º) até as previsões dos princípios da legalidade e da publicidade, constantes do caput do art. 37, dentre vários outros.
40. Afirma Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: *"De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a ela conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos"* (in *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 103).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION202 202 4/10/2007 14:39:14

O dever de motivação da atuação administrativa cumpre dois papéis complementares, cuja variação depende do grau de discricionariedade que a lei concede ao administrador. Sendo ela restrita, a motivação servirá a demonstrar o atendimento de sua determinação impositiva. Sendo ela ampla (havendo um espaço de liberdade para a escolha do administrador), será preciso motivar a opção adotada (entre todas as outras) para comprovar que se tratou de alternativa *racional, adequada, proporcional*.[41]

Em ambos os casos, a motivação serve a garantir a legitimação do ato administrativo. De um lado, permite que o administrador explicite a regularidade da sua atuação, expondo as razões fáticas e jurídicas que lhe determinaram o agir. De outro, permite ao cidadão eventualmente prejudicado contestar esta atuação, demonstrando que não eram verificáveis as condições fáticas que a fundamentaram, não havia subsídio normativo ou era inexistente o nexo entre os dois. De tudo isso emana clara a importância da Análise Econômica do Direito para a legitimação da atuação administrativa. Em casos de competência vinculada, o administrador poderá valer-se da análise econômica para demonstrar a conformidade da sua atuação aos ditames legais impositivos. O mesmo pode fazer o cidadão para contestá-la, por exemplo.

Já na hipótese de atuação discricionária, o uso da Análise Econômica do Direito serve para demonstrar que a escolha foi racionalmente ponderada pelo Administrador, e que se buscou a seleção da melhor alternativa possível dentre as disponíveis. Deve-se sempre ter em mente que o Administrador Público desempenha uma função administrativa, gerindo interesses da sociedade.[42] Como ocorre em toda e qualquer gestão, a liberdade de atuação está condicionada à busca pela melhor alternativa. Não se concebe a atribuição de um poder desvinculado de uma finalidade. Se há uma brecha que permite expressa ou implicitamente a indicação de uma solução dentre várias, é inviável aceitar qualquer outra escolha que não a melhor.

---

41. Para Marçal JUSTEN FILHO, *"Na hipótese de discricionariedade, a atribuição pela norma de autonomia de escolha para o agente não significa ausência de controle ou limite. Para que a decisão seja válida, é indispensável que o agente exponha de público as razões que conduziram a uma dentre as diversas escolhas possíveis, inclusive indicando a ponderação entre os possíveis resultados. Decisão discricionária não motivada é ato arbitrário, desconforme ao direito, incompatível com a democracia republicana. Não pode ser legitimado com o argumento de que o agente tinha liberdade de escolher, porque essa liberdade não corresponde à autonomia privada. A autonomia do agente, existente na hipótese de discricionariedade, destina-se ao melhor desempenho possível da função administrativa. O agente tem de demonstrar que sua escolha foi a mais correta e a mais satisfatória. Equivale à ausência de motivação a invocação formal à competência do agente ou à existência em abstrato de uma norma legal"* (in *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2005, pp; 258-259).
42. Paulo MODESTO esclarece que "*a administração pública vem já significando atividade subordinada, teleológica, cujos interesses tutelados aparecem protegidos contra a própria vontade do agente, realizada em cumprimento de um dever jurídico, sujeita a controle e avaliação*" (in "Função Administrativa", Revista Trimestral de Direito Público, 2/211, p. 220).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION203 203 4/10/2007 14:39:14

Evidentemente, trata-se de um dever de difícil demonstração, pois por vezes as soluções são muito próximas em termos de resultados e comprometimento de recursos, o que tende a equipará-las. Entretanto, mesmo que se conclua pela fungibilidade das medidas, a Análise Econômica do Direito já terá cumprido a sua função. Isso porque o simples exercício de comparação entre as alternativas disponíveis já contribui expressivamente para o enriquecimento dos fundamentos da decisão. A atuação do Administrador torna-se mais transparente, posto que é possível identificar com precisão os elementos que o levaram a decidir de uma forma e não de outra. Também amplia a possibilidade de controle, pois se torna mais fácil identificar incoerências no posicionamento externado, tanto internas – à luz dos próprios motivos apresentados –, quanto externas – quando a comparação tomar por base os objetivos públicos da norma que rege a atuação administrativa no caso concreto.

Em outras palavras, a análise econômica provê o intérprete de um instrumental objetivo e adequado à verificação do atendimento, por parte do administrador, dos ditames legais. Quando não puder ser justificada pela proteção de um valor que se contraponha à eficiência pontual, a adoção de uma providência ineficiente poderá implicar a invalidade de um ato administrativo, por exemplo.

4. A AED PROCESSUAL DE STEVEN SHAVELL

Feitas estas considerações genéricas sobre a compatibilidade de uma Análise Econômica com o Direito brasileiro, deve-se passar ao exame específico de suas potencialidades para o Direito Processual. Neste particular, a análise de Steven Shavell servirá como um guia para a discussão. Iniciaremos com um rápido resumo de suas idéias mais relevantes, ilustrando com exemplos de racionalidade econômica de algumas normas processuais nacionais. Em seguida, discutiremos os limites de suas teorizações, tendo em vista as peculiaridades do Direito brasileiro.

4.1. A "Teoria Básica da Litigância"

A premissa fundamental da Análise Econômica do Direito Processual é a de que um litigante promoverá atos processuais *se* e *quando* esperar que deles resulte benefício superior ao custo incorrido para promovê-los.[43] Trata-se de premissa conforme à idéia antes apresentada de racionalidade humana e busca da

43. *"The plaintiff will sue when his cost of suit is less than his expected benefits from suit. The plaintiff's expected benefits from suit involve possible settlement payments or gains from trial."* (in Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 390)

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION204 204 4/10/2007 14:39:14

maximização do bem estar individual. Desta premissa resultam conseqüências importantes para o exame dos diversos momentos decisórios processuais. Na sua Teoria Básica da Litigância, Shavell foca três destes momentos decisórios: (i) eventual propositura da ação; (ii) eventual transação; (iii) eventual incursão em gastos adicionais da litigância (produção de novas provas ou solicitação de estudos técnicos, para citar alguns exemplos). Uma das principais contribuições de Shavell à AED Processual está na observação da existência de um desalinhamento entre os incentivos privados e os incentivos sociais à realização dos diversos atos processuais.[44] Deste descompasso podem resultar litigância demais ou de menos, situações de imperfeição que podem ser corrigidas através de políticas públicas destinadas a encorajar ou desencorajar determinados atos.

Note-se, a princípio, que, da propositura de uma ação judicial podem resultar diversas conseqüências sociais positivas: a concretização do direito e penalização dos responsáveis por atos ilícitos; o conseqüente incentivo gerado aos demais cidadãos para não transgredirem os comandos normativos (no inglês, "deterrence"); o estabelecimento de precedentes judiciais que contribuem para o aumento da certeza do Direito e da segurança jurídica; a indenização das vítimas; etc. No entanto, a decisão de propor ou não a ação judicial cabe ao titular do direito lesionado e é guiada por interesses distintos – em geral, ligados ao seu bem-estar individual. No mais das vezes, ele ingressará com a ação judicial quando entender que o benefício pessoal que daí resultará (por exemplo, o valor que será para si revertido no caso de uma condenação) supera os seus malefícios (tempo e dinheiro despendidos na atuação judicial). Em razão deste descompasso entre os incentivos privados e sociais, em algumas situações ocorrerá que a propositura da ação, embora socialmente desejável, não será conveniente do ponto de vista pessoal do acionante (hipóteses que sugerem que há processos *de menos*). Em outros casos, dar-se-á a situação inversa. A ação será proposta porque interessa àquele que possui a prerrogativa jurídica de propô-la, mas, sob outra perspectiva, os custos incorridos não justificam os benefícios que resultarão para a comunidade (hipótese que sugere que há processos *demais*).

---

44. Essa idéia foi exposta em um primeiro artigo de Shavell, "The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", *Journal of Legal Studies* 11:333-39, 1982). Conferir ainda Louis KAPLOW, "Private versus Social Costs in Bringing Suit", *Journal of Legal Studies*, 15:371-85, 1986; Peter MENELL, "A Note on the Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System", *Journal of Legal Studies* 12:41-52, 1986; Susan ROSE-ACKERMAN e Mark GEISTFELD, "The Divergence Between Social and Private Incentives to Sue: A Comment on Shavell, Menell, and Kaplow", *Journal of Legal Studies* 16:483-91, 1987; e Janusz A. ORDOVER, "Costly Litigation in the Model of Single Activity Accidents", *Journal of Legal Studies* 7:243-61, 1978. O próprio Shavell revisitou o tema em duas outras oportunidades ("The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies* 26:575-612, 1997 e "The Level of Litigation: Private versus Social Optimality of Suit and of Settlement", *International Review of Law and Economics* 19:99-115, 1999).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION205 205 4/10/2007 14:39:14

O mesmo problema sucede em relação à decisão de conciliar ou levar o caso a julgamento.[45] Shavell expõe três razões para o desalinhamento, nesta hipótese. Em primeiro lugar, ao ponderar sobre esta decisão, as partes não levam em consideração os custos sociais envolvidos na manutenção do processo (em especial, os vencimentos dos juízes e servidores do Poder Judiciário, o aluguel implícito ou custos de manutenção dos prédios dos tribunais, o valor dos materiais que serão gastos no processo, etc.). Este fato sugere que o incentivo das partes para transacionar é menor do que o da sociedade. Por outro lado, as partes tampouco consideram os benefícios sociais que poderiam advir do prosseguimento do processo. Um exemplo é a situação em que uma empresa acionada força o acordo para que vícios relevantes de seus produtos não venham a público, quando seria socialmente desejável que viessem – o acordo é utilizado para abafar alguma ilegalidade. E aqui o problema é inverso ao anterior: haveria acordos *demais*. Em segundo lugar, Shavell demonstra que a transação muitas vezes não ocorre simplesmente por problemas de assimetria informacional entre as partes, o que também sugere que menos transações ocorrem do que aquilo que seria socialmente desejável. Em terceiro lugar, as transações têm efeitos no desestímulo ao comportamento que gerou o litígio (o "deterrence"), os quais as partes não consideram e possuem fundamental importância social.[46]

Finalmente, os gastos incorridos pelas partes na produção de provas adicionais, contratação de peritos e especialistas em geral, por exemplo, enquanto movidos por considerações de conveniência pessoal, também tendem a gerar resultados incongruentes com aquilo que se poderia dizer socialmente desejável. Isso pode suceder em diversas situações exemplificadas pelo professor norte-americano. Uma das mais claras é aquela em que os gastos de uma parte com a contratação de um perito, por exemplo, são igualados pelos gastos da outra parte na contratação de um especialista de mesmo gabarito. Nesta situação, somam-se os gastos sociais sem que daí decorra nenhum benefício social direto, pois presumivelmente as opiniões contrapostas serão anuladas, sem que se caminhe para um desfecho do litígio. Noutra hipótese, gastos desproporcionais podem

45. O exame de Shavell sobre a racionalidade da decisão de conciliar ou não é um dos trechos mais proveitosos de sua Teoria Básica da Litigância. Nele, Shavell demonstra que o que leva ao julgamento não é o fato de que o acionante esteja confiante na condenação, mas o fato de que ele esteja "mais confiante do que o réu acredita que ele deveria estar". Por esta razão, a probabilidade de que um acordo seja firmado cresce à medida em que crescem as informações que cada uma das partes detém sobre o fato que deu ensejo ao litígio (situação em que se aproximam as suas expectativas sobre o desfecho do caso).

46. *"Thus, the conclusion to this point is that there are two underlying factors suggesting that parties have an inadequate incentive to settle - they do not consider the full social costs of trial, and they may misgauge each other's situation - and an underlying factor of unclear consequence - that settlement affects deterrence"* (in Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 412).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION206 206 4/10/2007 14:39:14

influenciar o julgador e corromper sua capacidade de julgamento, o que acaba por favorecer indevidamente a parte mais abastada – por simplesmente ser a mais bem representada e dispor de argumentos mais sofisticados.

Algumas dessas situações são facilmente constatáveis, mesmo sem alguma teorização econômica ou sociológica subjacente; outras, no entanto, não são tão evidentes. Um pequeno passeio pelas regras processuais brasileiras permite a identificação de algumas políticas públicas corretivas destas distorções.

Tome-se, por exemplo, o problema da avaliação do limiar de conveniência econômica para acionar. Tendo em vista os custos processuais privados envolvidos na propositura de uma ação (custas processuais, contratação de advogado, custos de oportunidade, etc.), é razoável pressupor que, em geral, apenas ações que possam resultar em condenações superiores a estes valores inicialmente incorridos serão efetivamente propostas. Disto resulta que danos ínfimos, em geral, não dão ensejo a ações judiciais. Se não corrigida, esta situação pode levar a uma indesejável acomodação do infrator, que, livre das constrições geradas pelo judiciário, não possui suficientes incentivos para reduzir as violações aos direitos alheios. É o caso, por exemplo, de uma indústria que fabrique produtos de baixíssima qualidade, e em desacordo com as normas regulamentares, mas cujos preços sejam igualmente baixos. Os consumidores, em virtude do baixo custo de aquisição, dificilmente moveriam uma ação indenizatória, tendo em vista que o custo de adquirir um outro produto, ainda que do mesmo fabricante, é menor. Nessa situação, a empresa não teria qualquer estímulo para melhorar sua produção ou para deixar de praticar um dano reiterado ao consumidor.

No extremo, quando seja possível controlar o grau de dano a impingir a terceiros, a situação poderá dar ensejo a manipulações maliciosas. Imagine-se a situação de uma indústria cujos poluentes geram inconvenientes apenas à população vizinha. Enquanto estes danos individuais forem inferiores aos custos de processar, eles não darão ensejo a novas ações. Disso resulta que a indústria em questão se sentirá "autorizada" a causá-los.[47] Note-se, no entanto, que embora o dano privado e individual possa ser insignificante, o dano social é relevante – daí a necessidade de evitá-lo.[48]

47. A questão é minuciosamente analisada no texto de Peter MENELL, "A Note on the Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System", *Journal of Legal Studies* 12:41-52.

48. O mesmo problema exemplificado poderá decorrer quando a obtenção de prova de determinada infração (ou da relação entre o dano e o agente que o praticou) envolve custos relevantes. Neste caso, o infrator sabe que poderá causar danos pelo menos até aquilo que custa para prová-los. As soluções processuais para este problema são a inversão do ônus da prova, presunções de culpa ou a aceitação de provas produzidas em outros processos, por exemplo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION207 207 4/10/2007 14:39:15

Do ponto de vista do Direito Processual, várias soluções podem ser propostas para estes problemas. A uma, podem-se isentar os acionantes das custas processuais e da obrigação de contratação de advogados para causas de menor valor, a exemplo do que foi feito no Brasil na Lei 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis.[49] A duas, pode-se permitir a propositura de ações coletivas, em que se conjugam os diversos danos individuais e se reduzem os custos da atuação judicial (v., no Brasil, as leis 4.717/65 e 7.437/85[50]). Finalmente, é possível implantar sistema alternativo de "public enforcement", em que agências públicas seriam responsáveis por ações menores e repetitivas, por exemplo, com o benefício da utilização de sua especialização e do menor custo marginal[51] das ações propostas.

Já no caso da questão entre transacionar ou levar o processo adiante, a prática demonstra que as políticas públicas são quase sempre no sentido de incentivar a transação. Há normas que favorecem a conciliação no Código de Processo Civil (v. art. 125, IV; art. 331; art. 448), mas ela é particularmente encorajada na Lei dos Juizados Especiais (v. art. 2º; art. 3º, § 3º; art. 21) e na Legislação Trabalhista (v. art. 625-A; art. 764; art. 831; art. 846; art. 850; art. 852-E da CLT)[52]. Entre as razões, evidentemente estão o desafogamento do judiciário e o resguardo de recursos públicos que seriam despendidos no prosseguimento do processo. [53] Adicione-se que a análise de Shavell demonstra que quanto mais informações as partes tenham de seu adversário, maior é a chance de acordo. Esta observação sugere que uma política de incentivo às conciliações poderá envolver medidas que obriguem as partes a divulgar informações sobre o fato em disputa, como meio de reduzir a assimetria informacional e aumentar as chances de conciliação. De todo modo, a análise do professor norte-americano também demonstra que a política de incentivo aos acordos judiciais acaba por desconsiderar as hipóteses em que, como mostra a AED processual, o julgamento seria socialmente benéfico.

---

49. Ver, a propósito, os arts. 9º e 54 da Lei n. 9.099/95.
50. Referimo-nos, respectivamente, à Lei de Ação Popular (que não é propriamente uma "ação coletiva", mas permite a tutela de interesses da coletividade por particulares) e à Lei de Ação Civil Pública.
51. Com a alusão aos ganhos marginais, faz-se referência ao menor custo de acionar suportado por uma agência especializada em relação aos custos individuais do acionante, em razão do ganho de escala (cada ação proposta por esta agência custa menos do que uma ação proposta por um indivíduo).
52. É dever do próprio advogado, de acordo com o seu Código de Ética e Disciplina (art. 2º, parágrafo único, VI), "estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo sempre que possível, a instauração de litígios".
53. Cabe lembrar a existência de um entendimento doutrinário que afasta a possibilidade de transação de litígios envolvendo o Poder Público – em função de uma suposta "indisponibilidade do interesse público". Essa situação tende a obrigar o exaurimento das vias recursais, ainda que o entendimento defendido pelo agente público não encontre qualquer respaldo. Essa cultura dá sinais de enfraquecimento, com a adoção da arbitragem em contratos de concessão, e do recente movimento de desistência de recursos em ações fiscais com posicionamento já firmado pelos Tribunais Superiores em favor dos contribuintes.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION208 208 4/10/2007 14:39:15

No que concerne aos gastos processuais adicionais das partes, há algumas regras que podem ser utilizadas para dirimir os problemas, ao evitar os desvios decorrentes das assimetrias econômicas entre as partes. Assim, pode o juiz recusar a produção de provas que não considere necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC e art. 33 da lei n. 9.099/95), por exemplo. Em casos mais complexos, é possível a indicação de um perito judicial para auxiliar o juiz na formação de sua cognição (art. 420 do CPC e art. 35 da lei n. 9.099/95), o que dispensa a contratação de vários peritos pelas partes.

Outra importante (e polêmica) conclusão da análise de Shavell diz respeito à menor conveniência social de determinados tipos de ações, em vista de seu menor potencial para gerar um acréscimo relevante no nível de coerção social – ou "deterrence". O exemplo por ele próprio citado é o de ações relativas a acidentes de trânsito, uma vez que "os indivíduos possuem boas razões para não causar acidentes de automóvel além da vontade de evitar a responsabilização judicial" (lesões pessoais, multas de trânsito, penalidades criminais, etc). Esta observação sugere a possibilidade de implantação de políticas públicas que promovam uma "assimetria regulatória", e desencorajem apenas algumas espécies de ações que não sejam "socialmente desejáveis" – que não se traduzam em medidas que coíbam a prática reiterada da atividade danosa. Note-se que o professor americano identifica neste fator coercitivo o grande objetivo social do processo, o que, conforme será visto adiante, é bastante questionável. Suas observações são bastante focadas numa espécie de efeito "amedrontador" que o processo desempenha, ao funcionar como um desestímulo a práticas danosas que já tenham sido previamente objeto de censura social.[54]

4.2. As extensões da "Teoria Básica da Litigância"

Na seqüência do seu livro, Shavell trata das "extensões" da Teoria Básica da Litigância. Nesta segunda fase, alteram-se algumas assunções iniciais e examinam-se, por exemplo, as chamadas ações de valor negativo; os efeitos da divulgação voluntária ou forçada de informações antes do julgamento; a vinculação da alocação dos custos do processo ao seu resultado ("fee-shifting"); e o papel dos advogados e dos seguros na litigância. Assim, o autor acrescenta algumas variáveis à teoria anteriormente exposta, que a aproxima mais da realidade, embora também contribua para torná-la mais complexa.

54. Steven SHAVELL, de fato, destaca que *"by bringing suit, plaintiffs contribute to the general impression that potential injurers have that they will be sued if they cause harm. Were the law only on the books, but never to result actually in suit, potential injurers would have nothing to fear"* (in *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 391).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION209 209 4/10/2007 14:39:15

Para a realidade brasileira, é particularmente relevante o exame da vinculação da alocação dos custos do processo ao seu resultado.[55] Essa, afinal, é a regra no Brasil: a parte vencida arca com as despesas antecipadas pela outra parte e os honorários advocatícios (v. art. 20 do CPC).[56] A racionalidade econômica desta regulamentação é fazer com que aquele que é, em última análise, o responsável pelo processo (seja a parte que violou um direito ou o acionante que entendeu equivocadamente que o seu direito foi violado) pague pelos seus custos. Numa linguagem econômica, a regra promove a *internalização* dos custos processuais da sociedade para o seu responsável.[57] O resultado esperado é a mais freqüente propositura de ações com mérito. Mas a Análise Econômica do Direito mostra que dela também podem decorrer alguns efeitos imprevistos e indesejados: (i) sendo o acionante avesso a riscos, poderá deixar de propor ações socialmente benéficas; (ii) por amplificar os efeitos da diferença de expectativa sobre o resultado do julgamento, a regra aumenta o número de causas que vão a julgamento, em relação àquelas que terminam em conciliação; (iii) a regra em questão termina por encorajar gastos adicionais com litigância (requisição de provas adicionais e, por vezes, desnecessárias); etc.

Valem menção, também, as notas referentes às "ações de valor negativo" ("negative value suits"). São assim denominadas aquelas ações cujos custos de propositura superam os benefícios que adviriam da eventual condenação. Elas são propostas para extrair do réu uma vantajosa conciliação.[58] Isto poderá

55. SHAVELL faz referência a diversos modelos possíveis de repartição das custas processuais. A "regra americana" é a de que cada parte arca com suas próprias despesas. A chamada "regra britânica" é aquela segundo a qual a parte vencida arca com os custos de ambas as partes. Mas há outros modelos: *"There are other forms of fee-shifting, and the analysis of them would in many respects follow in a straightforward way from what will be said here about the English rule. Under plaintiff-favoring fee shifting, the defendant has to pay the plaintiffs fees if the plaintiff prevails, but the plaintiff does not have to pay the defendant's fees if the defendant wins. Under defendant-favoring fee-shifting, the converse is true. Fees may also be shifted in a more complicated way, depending on whether the amount of the award at trial exceeded or fell below a settlement offer; for economic analysis of such "offer-of-settlement" rules"* (in *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, pp. 428-429).

56. O dispositivo abrange somente os custos processuais e honorários despendidos no processo. Cabe lembrar que os advogados dificilmente fixam sua remuneração apenas em honorários – talvez em função da lentidão extrema de nosso sistema judicial. Deste modo, a contratação do advogado não é um custo completamente internalizado, pois uma parcela das despesas correrá por conta da parte, sem a possibilidade de transferi-la ao perdedor.

57. Esta "internalização" nunca é absoluta. Shavell observa que os custos privados para iniciar um litígio sempre serão inferiores aos custos sociais, pois a movimentação da máquina judiciária aliada aos custos da parte adversa sempre serão superiores aos valores desembolsados pela parte que iniciou o litígio – ainda que sejam impostos honorários ao derrotado. Note-se, contudo, que a imposição de todos os custos processuais às partes funcionaria como um potente desincentivo ao acesso ao Judiciário, gerando mesmo uma violação a uma parte importante de sua cidadania. Isso é particularmente verdadeiro no Brasil, em virtude do perfil sócio-econômico da população.

58. No âmbito do direito concorrencial, ações de valor negativo podem ser propostas com o objetivo de

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION210 210 4/10/2007 14:39:15

acontecer em duas situações. Na primeira delas, os custos processuais do réu são superiores ao valor gasto na conciliação, sendo-lhe racional dar cabo ao processo e evitar custos ainda maiores. Na segunda situação, ainda que o réu acredite que tem razão e que ganharia o processo, provar a sua causa seria demasiadamente custoso, razão pela qual vale a pena gastar menos para terminar o processo pela via do acordo judicial. Evidentemente, estas duas situações só se justificam no contexto da "regra americana" de alocação dos custos processuais (cada parte arca com os seus próprios custos), o que não é padrão no Brasil, como se viu acima. Nem por isso elas podem ser ditas inaplicáveis para o Direito Brasileiro. Note o leitor que vige a "regra americana" para as ações em primeiro grau de jurisdição nos Juizados Especiais Cíveis. Nelas, as partes enfrentam os custos decorrentes de seus próprios atos processuais.[59] Além disso, não há custas, taxas ou despesas para acionar, bem como, até 20 salários mínimos, a assistência de um advogado é dispensável.[60] Esta regulamentação processual – cuja racionalidade foi exposta no tópico anterior – dá espaço a que sejam cometidas tais ações abusivas, as quais, aliás, não têm sido raras.[61]

Finalmente, no exame do papel dos advogados na litigância, Shavell analisa duas formas de pagamento para o advogado (pagamento por hora e pagamento por mérito da demanda) e demonstra a existência de divergências de interesses entre o advogado e o seu cliente. As considerações do professor americano demonstram que as regras sobre honorários advocatícios podem acabar interferindo no gozo material dos direitos por parte dos seus clientes.

No prosseguimento de seu trabalho, Shavell ainda examina outras questões que ficaram de fora destas duas primeiras fases, como a análise dos recursos. Neste particular, o professor americano examina o investimento pesado na precisão e correção de julgamentos singulares, como alternativa ao sistema recursal. Considera, ademais, a alternativa de recursos públicos de ofício, ao invés do sistema de recursos propostos pelas partes vencidas. Trata-se de considerações que

impingir custos ao concorrente, prejudicando os seus negócios. A propósito, vejam-se as considerações da doutrina e da jurisprudência americana para os "sham proceedings", como exceção à Noerr Penington Doctrine: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127; *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657; *California Motor Transport v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508; *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*, 508 U.S. 49. Ver também: David C. HJELMFELT, Antitrust and regulated industries, New York, John Wiley & Sons, 1985; Adrian J. VOSSESTEIN, "Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition", Common Market Law Review 37 (2000); Hebert HOVENKAMP, "Antitrust and the regulatory enterprise", Columbia Business Law Review (2004).

59. Ver art. 55 da lei n. 9.099/95.
60. Ver art. 54 e art. 9º da lei n. 9.099/95.
61. A regra do art. 55 visa a mitigar esta possibilidade de abuso, estabelecendo que pode haver condenação em custas no caso de litigância de má-fé.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION211 211 4/10/2007 14:39:15

os juristas não estão acostumados a fazer, a propósito da eficiência do sistema posto e das alternativas existentes a ele. Ainda quando não se aceitem as sugestões propostas, a reflexão não deixa de ser proveitosa.

4.3. As limitações da AED Processual de Shavell para o Direito brasileiro

Apresentados os principais pontos da Análise Econômica do Direito Processual, passamos a apontar algumas limitações que a importação das lições do professor norte-americano pode encontrar. Evidentemente, não se pretende esgotar as críticas possíveis. A intenção, já se disse acima, é apenas identificar os primeiros pontos polêmicos e as questões mais interessantes, para fomentar o estudo crítico da AED processual no Brasil.

4.3.1. A escassez de pesquisas quantitativas no Brasil

O primeiro ponto que parece digno de menção é o fato de que a análise de Shavell é marcada pelo recurso freqüente a dados quantitativos (como, por exemplo, o impacto do nível de litígio no PIB americano). O uso de pesquisas quantitativas é fundamental para identificar os problemas de um sistema jurídico e apontar suas possíveis soluções. Lamentavelmente, contudo, o Brasil ainda não fomenta adequadamente a realização de estudos desta espécie.

Por certo, existem exceções, que pautaram algumas das recentes reformas no sistema processual brasileiro. Cite-se, por exemplo, o estudo empírico realizado por Kazuo Watanabe, cujo objetivo era avaliar o desempenho dos Juizados Especiais Cíveis segundo critérios qualitativos e quantitativos.[62] Uma das conclusões da pesquisa é a de que o índice de soluções amigáveis nos JECs ainda é baixo, o que anula uma de suas principais vantagens frente à justiça comum – o estímulo à transação. Essa constatação poderia indicar a necessidade de adoção de medidas corretivas, como a imposição do pagamento de uma taxa simbólica para o perdedor, ou simplesmente a implantação de um programa de treinamento para os conciliadores, por exemplo.

Outra análise bastante interessante, realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça[63], permite o acesso a alguns dados muito

62. "Diagnóstico dos Juizados Especiais", documento disponível no site do Ministério da Justiça (http://www.mj.gov.br/reforma/), acesso em 25/06/2007.

63. "Judiciário e Economia", documento disponível no site do Ministério da Justiça, (http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/judiciario_economia.pdf, acesso em 26.06.2007). Conferir também o relatório produzido pelo Banco Mundial, que pauta boa parte das conclusões do documento disponibilizado pelo Ministério da Justiça: *Brazil, Judicial performance and private sectors impacts: findings from World Bank sponsored research*. Report 26261-BR. July, 1, 2003.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION212 212 4/10/2007 14:39:16

semelhantes aos empregados por Shavell em sua AED processual. Indica-se o percentual de recursos públicos consumidos com a movimentação da máquina judicial frente ao PIB (3,6% ao ano) e examina-se o custo de recuperação do crédito no Brasil, principalmente face à morosidade judicial. Conclui-se que uma execução de R$500,00 que siga o rito ordinário é economicamente inviável, pois os custos para viabilizá-la superam o retorno esperado. A pesquisa também demonstra que Estados com maior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) tendem a apresentar maior grau de litigância – o que pode indicar uma relação entre o grau de informação do litigante e a tomada de decisão de iniciar o processo. O ponto mais relevante, contudo, parece ter pautado a alteração do regime de execução, introduzida pela Lei 11.232/2005. O estudo identificava a sistemática anterior de execução de título judicial como um gargalo tão pernicioso quanto à morosidade, em virtude dos elevados índices de desistência observados nessa fase processual.

De todo modo, a existência de poucas pesquisas empíricas desfavorece a aplicação da AED processual no Brasil, uma vez que esse tipo de análise depende em larga medida da verificação do comportamento real dos agentes envolvidos, principalmente diante de alguma alteração do sistema normativo. Mesmo as pesquisas já desenvolvidas devem ser constantemente atualizadas, justamente para que seja possível aferir o impacto das reformas realizadas, e eventual necessidade de readequar a política pública adotada em função de um fator imprevisto.

4.3.2. A limitação do escopo da AED de Shavell

É importante observar que Shavell não procede a uma Análise Econômica do Direito Processual, senão, mas precisa e restritamente, a uma Analise Econômica da Litigância.[64] Na nomenclatura brasileira, só se incluiriam em sua teoria as ações condenatórias. A questão que se põe é a da possibilidade e utilidade de uma Análise Econômica também das ações constitutivas e declaratórias.

4.3.3. A arbitrária restrição das finalidades processuais ao "deterrence"

Um ponto particularmente problemático da teoria de Shavell é o seu foco excessivo na questão da coerção social e do desincentivo a novos atos ilícitos (em inglês, o "deterrence") como principal objetivo do sistema processual. Shavell

64. Fato que não lhe passa desapercebido. Ele próprio denomina a sua teoria de "Basic Theory of Litigation".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION213 213 4/10/2007 14:39:16

até identifica outros benefícios, mas a importância que confere ao "deterrence" como finalidade precípua do processo é evidente. Em alguns casos, ele sugere que determinadas ações seriam socialmente inconvenientes, por não contribuírem para o aumento do "deterrence" dos atos em questão (v. exemplo das ações de acidente de trânsito citadas acima). Suas considerações a propósito da existência de processos demais ou processos de menos é toda informada por esta escolha da finalidade pública primordial do sistema processual.

Pelo menos no direito brasileiro, contudo, não há nada que autorize esta restrição. Ao contrário, como concebido na Constituição Federal, o direito de ação (art. 5º, XXXV) parece estar pautado na idéia de benefício social da *possibilidade* de levar a juízo qualquer lesão ou ameaça a direito, como forma de pacificação individual e social. Há aqui uma valorização do direito de ação em si (como parte integrante da cidadania dos indivíduos, eventuais acionantes), e não apenas dos seus eventuais efeitos futuros. Em outras palavras, o direito brasileiro parece ter optado por pagar o preço de um direito amplo e irrestrito de acionar.[65]

É fácil cogitar de outros benefícios sociais da utilização do sistema processual. Assim, podem-se citar, além do estabelecimento de precedentes e da compensação de vítimas que Shavell menciona, a certeza e o desenvolvimento do direito como benefícios ancilares de toda ação na Justiça. O grande problema é que estes outros valores não são traduzíveis em cifras econômicas – e assim, como saber se o desalinhamento das razões sociais e privadas para acionar é positivo ou negativo em cada caso concreto, se as grandezas envolvidas não são comparáveis?

A atenção conferida por Shavell ao fator coercitivo como principal finalidade processual parece estar relacionada com a importância cultural do precedente judicial. Em países com a tradição da *civil law*, o emprego dos precedentes naturalmente perde força. Especialmente no Brasil, não há uma tradição no estudo e sistematização da jurisprudência firmada pelos Tribunais, o que contribui para enfraquecer essa faceta coercitiva dos processos em nosso sistema. Além disso, a morosidade para a obtenção da tutela jurisdicional minimiza o caráter punitivo

65. É também por esta razão que parece ser necessário refutar o argumento de que o montante desejável de litígios é aquele que minimiza os custos sociais, como defende Shavell (v. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 3, cap. 17). Não se discorda que o sistema processual deva ser voltado a minimizar os custos para a sociedade, mas essa não pode ser a única pauta para avaliar o número de processos na sociedade. Sob essa ótica, no Brasil, bastaria elevar abruptamente as taxas processuais, além de impor o sistema "americano", pelo qual cada uma das partes arca com seus próprios custos. Isso seria o bastante para excluir boa parte da população do acesso judicial, e conseqüentemente reduzir os custos sociais, pois haveria um número menor de processos e maior recolhimento de taxas. Entretanto, esse cenário não se coaduna com as demais finalidades a serem perseguidas pelo Estado.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION214 214 4/10/2007 14:39:16

ou desestimulador do processo. Pelo contrário, estimula a prática de atos danosos, além do uso do próprio processo para finalidades meramente privadas – e bastante distantes dos benefícios sociais apregoados por Shavell.

Um bom exemplo é o questionamento judicial quanto à exigibilidade de tributos. Continua-se a questionar maciçamente orientações pacíficas de tribunais, tendo em vista que os juízes de primeira instância zelam por sua liberdade de convicção e podem conceder uma liminar ou julgar favoravelmente o mérito da ação com maior facilidade. Embora haja certeza da reversão do julgamento nos Tribunais, o grande lapso de tempo transcorrido até que isto ocorra permite que a empresa acionante reorganize suas finanças ou apresente resultados mais atraentes para seus investidores. O custo financeiro de todo seu procedimento (correção monetária e custos judiciais) é menos oneroso do que a obtenção de um simples financiamento diante das altas taxas de juros praticadas no Brasil.[66]

4.3.4. As ações de menor racionalidade econômica

Como visto, a premissa da AED processual é a de que um litigante promoverá atos processuais se e quando esperar que deles resulte benefício superior ao custo incorrido para promovê-los. O fato de que a realidade é eventualmente discordante desta premissa não invalida as conclusões da AED processual (ver item 2.2.1 acima sobre a lei dos grandes números e a aplicação do método dedutivo). Haveria um problema se fosse possível defender que esta premissa *raramente* corresponde à realidade, mas isto parece longe de cogitação.

Não se perca de vista, contudo, que o resultado de algumas ações dificilmente pode ser traduzível em termos monetários, de modo a que se possa contrapor estes valores aos custos processuais incorridos. Daí a dificuldade de utilizar a AED processual para processos de menor racionalidade econômica. Tome-se as ações coletivas, em que o bem almejado geralmente atinge a toda coletividade, e não beneficia apenas seu autor com uma indenização. As ações relacionadas ao meio ambiente, por exemplo, estão mais atreladas à adoção de medidas positivas ou negativas em função de uma determinada conduta do agente considerado "poluidor". Em que pese a possibilidade de imposição de multas – cujos valores pagos não revertem diretamente para os autores –, o objetivo principal é impor diretamente ao agente que deixe de praticar uma atividade ou que adote as medidas necessárias para minimizar os danos decorrentes de uma atividade econômica.

Isso não afasta as ações coletivas que tenham fins verdadeiramente indenizatórios, em favor da coletividade. Esse procedimento é bastante comum em

66. É possível que a instituição da súmula vinculante contribua para modificar este estado de coisas.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION215 215 4/10/2007 14:39:16

litígios tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Nesse caso, o processo de conhecimento pode ser concentrado em uma única ação, movida pelo Ministério Público ou por alguma associação legitimada para tanto (art. 81), mas a execução de eventual sentença favorável pode ser realizada diretamente pelos prejudicados (art. 97). Ainda aqui, no entanto, a premissa fundamental da AED de Shavell parece dificilmente aplicável.

4.3.5. As limitações informacionais e o "deterrence"

Outro óbice à figura central que o fator coerção desempenha na teoria de Shavell diz respeito às limitações informacionais das partes do processo. O próprio exemplo do direito do consumidor é bastante ilustrativo dessa questão. Um consumidor mal informado não tem condições técnicas de identificar uma violação a seus direitos. Isso pode ocorrer em virtude da impossibilidade de detecção de um defeito no produto adquirido – quando o consumidor imagina que o funcionamento defeituoso é o normal para aquele produto –, ou ainda pode o consumidor simplesmente desconhecer a possibilidade de acionar o fabricante do produto – o que é válido para a parcela mais carente da população. Nesses casos, o fator de coerção só se apresenta quando o consumidor obtiver as informações necessárias para lançar mão de um processo para impor a observância de seus direitos.

O "deterrence" também depende da legislação material ou da capacidade cognitiva do juiz, e das partes para desempenhar sua função – principalmente com a importância atribuída por Shavell. O resultado do processo está condicionado às disposições legais que podem limitar a imposição de multas ou indenizações, do magistrado para a quantificação sua correta quantificação, além da participação ativa dos interessados no questionamento dos valores aplicados. Note-se que a assimetria de informações também pode contaminar o juiz, que poderá impor multa ou indenização ínfima, ou da parte, que se satisfaz com a obtenção de um valor igualmente insuficiente. Considera-se aqui como insuficiente a atribuição de um valor inadequado para desestimular a prática da conduta, ou seja, inferior aos custos que o próprio agente teria para adotar as medidas necessárias para que não fossem causados danos a terceiros. O resultado pífio em uma demanda, além de não estimular outro comportamento, ainda pode legitimar a prática da atividade perniciosa – como no exemplo mencionado acima, dos pais que eram multados em caso de atrasos ao buscar seus filhos na escola.

Esta situação gera impactos no momento em que o agente precifica o custo de eventual litígio em suas decisões. Afinal, se nem todos os danos resultarão em processo – em razão da falta de informação dos consumidores –, ou ainda se nem todos resultarão em uma indenização razoável – por falhas na legislação

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION216 216 4/10/2007 14:39:16

material, ou também por uma assimetria de informações –, não há estímulo para a diminuição do risco de dano – ou pelo menos não na proporção desejável para diminuir os litígios. Esse apontamento encontra respaldo no estudo do Ministério da Justiça já mencionado acima, pois é plausível a tese de que localidades com maior IDH tenham uma tendência maior de exigir a observância de seus direitos e acionar o aparato judicial para atingir esse objetivo.

4.3.6. A decisão de conciliar ou levar a julgamento

Merece alguns comentários, também, a análise que o professor norte-americano promove da decisão de conciliar ou levar o processo a julgamento.[67] De logo, chama a atenção a relativa complexidade dos cálculos ali apresentados para relatar o processo de conciliação. Por óbvio, Shavell não acredita que as partes promovam os cálculos ali apresentados. A idéia é apenas tentar traduzir em números o que se passa no processo de barganha para conciliar e, deste modo, conferir parâmetros objetivos para entender o efeito de algumas hipóteses.

Sucede que, ao menos para o Brasil, estes cálculos iniciais possuem potencial bastante reduzido de previsibilidade do que se passará na realidade. Isto porque um dos fatores que influenciam mais fortemente a decisão pela conciliação é de impossível tradução numérica: a delonga dos processos judiciais.[68] O que se pode afirmar com alguma convicção é que a delonga judicial favorece quase sempre o acionado. Poderá ela obter sucesso com propostas de conciliação mais baixas do que aquelas que seriam necessárias num contexto de menor delonga judicial. O acionado sabe que pode contar com este fator no processo de barganha por uma conciliação que lhe seja mais favorável. Ainda que a vitória do acionante seja virtualmente certa, poderá ele concordar em receber valores bastante inferiores ao que teria direito, em razão do benefício do "recebimento adiantado". Num exemplo concreto, imagine-se que o acionado tenha causado ao acionante um dano de valor igual a R$ 20.000,00. Poderá parecer razoável ao acionante aceitar conciliar por apenas metade deste valor, tendo em vista de

67. Neste particular, Shavell indica que o sistema americano é voltado à celebração de acordos entre as partes, ou seja, que os estímulos decorrentes daquele ordenamento jurídico induzem os litigantes a não levar os litígios adiante e a buscar uma solução consensual, o que reduz os custos suportados pela sociedade. O autor apresenta uma estatística bastante impressionante, segundo a qual cerca de 96% dos litígios terminam em acordo. Essa é uma realidade bastante distinta da brasileira, pois sequer nos Juizados Especiais a cultura da transação foi incorporada – conforme o estudo de Kazuo Watanabe, já mencionado.

68. Daí não proceder no Brasil a conclusão de que *"a mutually beneficil settlement exists as long as the plaintiff's estimate of the expected judgement does not exceed the defendant's estimate by more than the sum of their costs of trial"* (*in* Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 403).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION217 217 4/10/2007 14:39:17

que a espera pelo julgamento poderia durar mais de uma década.[69] Note-se ainda que quanto maior for a expectativa de demora, menor será o valor da conciliação considerado razoável pelas partes.

O fato é que a comparação do modelo de Shavell com a nossa realidade dá a medida exata dos malefícios que a delonga judicial causa para a efetivação dos direitos dos acionantes e para a realização da Justiça.

5. CONCLUSÃO

A promessa de uma Análise Econômica do Direito Processual é ampla: de um lado, permitiria a melhor compreensão da razão de ser de algumas normas jurídicas; de outro, ofereceria ao operador do direito um instrumental essencial na avaliação crítica das normas positivadas. A determinação da exata medida da Análise Econômica do Direito Processual no Brasil caberá à doutrina processualista, mais hábil a identificar a utilidade da utilização deste método para o exame do fenômeno processual. Aos autores deste artigo, ligados mais intimamente ao Direito Administrativo Econômico, não cabia ambicionar mais do que dar um primeiro passo nesta direção e introduzir as discussões que, conforme se espera, haverão de se seguir.

69. É fato notório que as regras processuais de atualização monetária não compensam estas distorções. Na maioria das vezes, é economicamente mais benéfico para o acionante levantar o valor da conciliação e aplicá-lo no mercado financeiro ou produtivo. O valor obtido após o decurso do tempo correspondente à esperada duração do processo será quase sempre superior àquele que seria obtido após a execução judicial de uma eventual sentença condenatória.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION218 218 4/10/2007 14:39:17

CAPÍTULO X

RÉGULATION ET THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS

Emmanuel Jeuland*

Sumário: 1. Une juridiction post-étatique: 1.1. Le respect des principes fondamentaux de la procédure: 1.1.1. Un litige circonscrit; 1.1.2. Un litige instruit; 1.2. Un litige débattu et écouté – 2. Des juridictions hyper-étatiques.

L'évolution du droit de la régulation invite à s'interroger sur les relations qu'entretiennent la technique de la régulation et la théorie générale du procès.[1] Des pouvoirs de résolution des différends ont en effet été reconnus à l'ART d'abord (Loi du 26 juillet 96, une cinquantaine de décisions sont répertoriées) à la CRE ensuite (loi du 10 février 2000, 5 décisions en 2002) et enfin au CSA (Loi du 17 juillet 2001 étendu en 2004).[2] Certes on peut considérer que la résolution des litiges est une partie du travail de régulation d'un secteur. Son développement s'expliquerait parce que ces autorités acquièrent une expertise qui leur permet de résoudre des litiges complexes et techniques.[3] Cette explication est sans doute trop simple et descriptive. Elle conduirait de plus à considérer la résolution des litiges comme une tache accessoire au sens où elle serait dépendante du rôle général de ces autorités consistant à maintenir les réseaux ouverts et soumis à la concurrence. Une approche théorique de la question dans une perspective procédurale conduit à mettre à jour non pas une autre explication mais une certaine ambiguïté de la question. Le processualiste abordant le domaine de la régulation est d'emblée frappé par plusieurs phénomènes. Ainsi alors

---

(*) Professor de Direito Processual da Universidade Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) – França.

1. Le terme de théorie générale du procès est synonyme de droit processuel mais des discussions ont lieu sur le domaine de cette discipline, certains estiment qu'il s'agit du domaine exclusif des principes fondamentaux de la procédure (S Guinchard, Le réveil doctrinal d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européaniste et technique d'organisation du procès, liber amicorum en l'honneur de R Martin, Bruylant, 2004, d'autres y ajoutent la comparaison des procédures classiques (Motulsky, droit processuel, Montchrestien, 1973), récentes comme les autorités adminsitratives indépendantes (Baranès, Frison-Roche et Robert, pour un droit processuel, D. 1993, chron. 9) et leur articulation (c'est notre cas dans Droit processuel, LGDJ coll. Systèmes 2003).
2. On peut discuter du domaine des autorités de régulation mais nous nous en tiendrons à la présentation qu'en font les spécialistes ainsi l'ART et la CRE en font sans doute partie car il s'agit d'autorités sectorielles contrôlant l'entrée sur des réseaux (de télécommunications ou d'énergie) mais il existe des doutes concernant le CSA (qui prend en compte aussi l'intérêt général) et plus encore pour l'AMF et le conseil de la concurrence qui sont plus généralistes. VMA Frison Roche, Définition du droit de la régulation économique, D. 2004, p.126; L. Idot verbo autorités de régulation, in dictionnaire de la justice (dir. L Cadiet), PUF 2004, p. 98 s.
3. V Frison-Roche, v. Régulation et règlement des différends, dans « Les risques de la régulation », Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, coordoné par la même professeur.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION219 219 4/10/2007 14:39:17

même qu'il ne s'agit pas véritablement d'une exigence expresse de la CEDH[4] ces autorités prennent grand soin de respecter les principes fondamentaux de la procédure. On peut certes considérer qu'il s'agit d'une précaution juridique visant à éviter des condamnations mais l'on peut aussi se demander s'il n'y a pas là un excès de précaution qui aurait d'autres explications. Pourquoi autrement dit les autorités de régulation font-elles tout pour ressembler à des juridictions ? Sont-elle de vrais-fausses juridictions, c'est-à-dire des administrations – certes indépendantes – qui cacheraient leur jeu en prenant la forme plus noble et plus légitime d'une juridiction pour réaliser leur mission de régulation? Sont-elles au contraire des quasi-juridictions (expression employée depuis longtemps pour le conseil de la concurrence), c'est-à-dire des autorités indépendantes qui ont pour fonction véritable, autonome et appelé à se développer – mais pas unique – de trancher des litiges. Il apparaît également qu'il s'agit d'autorités spécialisées dans des secteurs qui impliquent des technologies avancées créant des réseaux – les secteurs par excellence de la société dite hyper-industrielle.[5] Voilà les questions qui sont susceptibles de se poser d'emblée à l'observateur extérieur.

Mais comment trancher? Quel est le bon diagnostic? Il n'est pas douteux qu'un savant mélange administratif et juridictionnel a été opéré avec ces autorités. M A Lyon-Caen peut ainsi écrire que:

> […] *les procédés, procédures et institutions de régulation vont de pair avec des évolutions tant du contrôle juridictionnel que des formes de l'action publique, au point que la césure entre administration et juridiction y perd de sa prétendue simplicité*.[6]

Au-delà de ce constat d'une certaine confusion, est-il possible de dégager une articulation entre la régulation et la théorie générale du procès? Une idée particulièrement intéressante de Mme Frison-Roche consiste à distinguer les secteurs matures dans lesquels les relations entre les parties sont essentiellement contractuelles des secteurs moins matures où un opérateur historique est encore en position très dominante. Dans le premier cas, la régulation prendrait la forme de la résolution des litiges tandis que dans le second cas la régulation serait plus proche d'une activité de police économique et la résolution des litiges ne porterait que sur l'accès au réseau avec des pouvoirs coercitifs importants. Cette hypothèse permet de sortir de la confusion, de plus l'articulation faire par l'auteur entre les relations contractuelles et la résolution des litiges nous conduit à dégager une hypothèse.

---

4. V. E Rolin, Les règlemenst des différends devant l'ART, *in: Les régulations économique: légitimité et efficacité,* dir MA Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 168.
5. B Stiegler, *De la misère symbolique, 1. L'époque hyperindustrielle,* Galilée, 2004.
6. Verbo régulation, *Dictionnaire de la justice précité.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION220 220 4/10/2007 14:39:17

Le procès permet de réaliser en justice ses droits et ses obligations donc de remettre les parties à une juste distance, ce que nous pouvons assimiler à un lien de droit.[7] Ces autorités de régulation seraient – pour une partie de leur activité – de véritables juridictions non pour continuer de réguler un secteur – ce qui nourrirait la confusion entre administration et juridiction – non plus essentiellement pour faire respecter le principe de la concurrence – mais pour tenter de trouver des solutions justes dans un secteur technique, " juste » dans un sens qui ne serait pas réduit à un raisonnement économique mais qui permettrait de reconnaître ou de modifier les liens de droit entre les parties c'est-à-dire de trouver entre elles la juste distance. Mais cette solution juste n'est pas ici un idéal de justice, la justice en ce sens est inatteignable, il s'agit ici de parvenir concrètement à la solution la plus juste possible. Or le seul moyen d'y parvenir est de mettre en œuvre des principes et des règles procédurales de telle sorte que le litige ait les meilleures chances d'avoir été circonscrits, instruits, débattus et écoutés. Ainsi un véritable lien d'instance est nécessaire c'est-à-dire une relation procédurale comportant des droits, des pouvoirs et des devoirs pour les parties et le juge comme si la qualité du lien d'instance préparait la qualité du lien substantiel mis à jour par la décision de l'autorité Il apparaît ainsi que les autorités de régulation ne donnent pas seulement l'impression d'être des juridictions, il s'agit de juridiction dans le sens fonctionnel du terme puisqu'elles comportent véritablement des règles de procédure. Il ne s'agira pas ici de reprendre la discussion concernant la qualification officielle de ces institutions, nous prenons donc le terme de juridiction au sens de fonction juridictionnelle. Pour autant, ces autorités de régulation ont aussi pour caractéristiques de posséder des pouvoirs d'injonction importants et il n'apparaît pas qu'elles perdent ces pouvoirs quand le secteur concerné devient davantage contractuel.

Quel modèle employé pour rendre compte de ces organes de résolution des litiges? Les qualifier d'hybride de juridiction et d'administration conduit à un aveu d'impuissance puisque cette une présentation purement descriptive et au maintien de la confusion. D'un côté une partie des règles de procédure traduit un éloignement des pouvoirs exécutifs et un éloignement de l'Etat pour créer un organe en quelque sorte post-étatique qui à certains égards retrouvent des éléments qui peuvent apparaître comme pré-étatiques (comme la conciliation). D'un autre côté ces organes sont des juridictions qui ont d'importants pouvoirs d'injonction comme si elles étaient plus " étatisées » que les juridictions classiques, comme si elles étaient hyper-étatique.[8] Notre hypothèse est dés lors que les autorités de

7. V notre article L'énigme du lien de droit, *RTDciv.* 2003, p.455.
8. Nous nous inspirons de la distinction faite par Stiegler entre la société postindustrielle et la société hyperindustrielle v. *Mécréance et discrédit 1. la décadence des démocraties industrielles,* Galilée, 2004, p.143.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION221 221 4/10/2007 14:39:17

régulation dans leur fonction de résolution des litiges sont de véritables juridictions mais qui sont à la fois post-étatique et hyper-étatique et qu'elles servent à renouer les liens de droit dans un contexte spécialisé et technique. Les deux qualifications de post-étatiques et d'hyper-étatiques paraissent contradictoires mais c'est la présence des deux aspects en même temps qui rend l'institution si étrange et qui explique qu'elle convient à tous les intervenants. Une institution peut être aussi complexe dans son identité qu'un individu et il n'est pas rare de rencontrer des personnalités contradictoires, il ne fait pas de doute cependant que cette situation crée des tensions.

1. UNE JURIDICTION POST-ÉTATIQUE

Les autorités de régulation comportent de véritables sections contentieuses; leur règlement intérieur constitue des codes de procédure à part entière inspiré par les procédures classiques. Il s'agit donc d'un point de vue fonctionnel de juridictions. Or ces juridictions font partie d'institutions qui sont indépendantes vis-à-vis de l'Etat, c'est pourquoi il s'agit selon nous de juridiction post-étatiques, c'est-à-dire de véritables juridictions qui se sont détachées de l'Etat et qui pourraient continuer d'existe même si l'Etat disparaissait Notre hypothèse est que le soin important attaché à la création de ces procédures s'explique par le souci de rendre légitime ces organes de résolution des litiges. Ce n'est plus leur rattachement à l'Etat et donc aux représentants de l'Etat qui peut les rendre légitime, ce ne peut plus être que leur qualité intrinsèque, qualité en terme procédurale et en terme de compétence technique. Après avoir vérifier que les canons procéduraux étaient respectés, qu'ils s'inspirent du contentieux administratif ou de la procédure civile, il sera possible de montrer qu'il s'agit de véritables sections contentieuses indépendants de l'Etat.

1.1. Le respect des principes fondamentaux de la procédure

Le terme de principes fondamentaux est pris ici dans un sens large et ne recouvre pas que les droits de l'homme mais aussi des principes directeurs de la procédure qui ne sont pas des droits de l'homme. Ces principes ont pour but d'assurer que le litige a été correctement circonscrit, instruit, débattus et écoutés.

1.1.1. Un litige circonscrit

Il faut délimiter le litige pour pouvoir le trancher un peu comme un organe cancéreux afin de l'éliminer. La demande initiale doit donc être déjà suffisamment précise. Ceci dit ces autorités peuvent être saisies facilement puisqu'un

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION222 222 4/10/2007 14:39:18

simple courrier peut suffire.[9] Ainsi l'article 12 du règlement intérieur de la CRE indique:[10] " la saisine expose la demande adressée à la commission et les éléments de fait et de droit qui la fondent ». Il faut noter que cette expression est plus précise que celle qui existe en contentieux administratif 'art R411-1 CJA – il faut l'exposé des faits et moyens[11] – et en procédure civile[12] Le règlement intérieur du CSA et de l'ART sont identiques sur ce point en prévoyant: " la saisine indique les faits qui sont à l'origine du différend, expose les moyens invoqués et précise les conclusions présentées » (art 9 ART, art. 26 CSA). Par ailleurs il ne faut pas permettre que soient ajoutés de nouvelles demandes en cours de procédure sauf exception. Ainsi les nouvelles demandes sont possibles devant l'ART s'il existe un lien suffisant,[13] ce qui est une règle de la procédure civile car le contentieux administratif admet seulement les demandes nouvelles si l'on se situe dans le même litige.[14] En revanche c'est plutôt une règle du contentieux administratif[15] qui s'applique à propos de la recevabilité de la demande: le service juridique peut demander que la demande soit complétée (art 9 ART, art 12 CRE, art 26 CSA où c'est le directeur général qui est compétent). Pour l'ART, Le chef du service juridique peut inviter les parties à établir un calendrier prévisionnel (art 10 ART, qui s'inspire selon Mme Rolin sur la mise en état devant les juridictions judiciaires)[16]

1.1.2. Un litige instruit

Un organe de l'autorité de régulation doit être spécialisée dans la recherche des preuves et avoir suffisamment de pouvoir pour mener ses investigations. Les règlements intérieurs s'inspirant du contentieux administratif[17] des trois autorités de régulations prévoient d'abord la communication du dossier à un rapporteur (art 13 CRE, art 10 ART, art 29 CSA).La vérification personnelles du rapporteur mais aussi des expertises sont possible. Le rapporteur peut procéder à toute mesure d'instruction (art 13 CRE) qui lui paraîtrait utile (art 12 ART, art 32 CSA)

9. V pour la CRE T Tuot, *Régulation du marché de l'électricité:* une année de règlements des différends, RFDA, mars-avril 2003, 313.
10. P Sablière, *Droit de l'électricité,* Textes et commentaires, Dalloz, 2003 spéc. 91-12, p. 1393 s.
11. R Chapus, *Droit du contentieux administratif,* 8 éd., Montchrestien, 1999, qu'il faut interpréter comme des moyens de fait et de droit, nº 608
12. Les moyens de fait et de droit ne sont obligatoires que pour l'assignation depuis seulement le décret du 28 décembre1998, v. art 56 NCPC
13. E Rolin, art. précit., 2004, p. 157.
14. B Pacteau, *Contentieux administratif,* 6 éd., PUF, 2002, nº192.
15. R 612-1 et 2 CJA, B Pacteau, op. cit., nº186
16. Art . précit., p.166
17. L Richer, Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie, *in: Mouvement du droit public,* mél. F Moderne, Dalloz, 2004, p. 400.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION223 223 4/10/2007 14:39:18

ce qui est une solution jurisprudentielle du contentieux administratif[18] qui se rapproche des disposition de l'article 147 du NCPC qui prévoit que le juge civil doit prescrire les mesures les plus simples av ces pouvoirs sont proches de celui du juge civil. Une enquête sur place par le rapporteur ou des agents mandatés est possibles (art 12 ART, une mesure d'instruction peut être proposée à la CRE) ce qui fait plutôt penser à la procédure du conseil de la concurrence. Ce juge rapporteur ne doit pas être présent au délibéré pour ne pas influencer les autres juges ce qui serait contraire au principe d'impartialité, cette règle est reprise consciencieusement par tous les règlements intérieurs (art 15 ART, art 4 CRE, art 34 CSA mais le secrétaire du conseil peut assister au délibéré ce qui est différent de la procédure civile et pénale[19] et peut-être contestable puisqu'il ne juge pas mais peut influencer le conseil).

1.2. Un litige débattu et écouté

Le principe du contradictoire doit être respecté pour pouvoir parvenir à une solution et afin que les intérêts de chaque partie soient protégés. Ce principe est prévu au cours de l'instruction (ex art 12 ART, art 13 CRE, art 32 CSA)et à l'audience (ex art 15 ART). C'est un principe central de la procédure civile qui est présent moins expressément dans les autres contentieux. Le contentieux montre qu'entre les textes et la réalité il peut y avoir un fossé ainsi dans une affaire France Telecom contre Iliad, France Telecom n'a reçu des observations d'Iliad par l'intermédiaire de l'ART que trois jours avant la clôture de l'instruction:

> […] considérant qu'il est ainsi établi que l'Autorité qui n'a mis France Telecom en mesure de discuter les observations de son contradicteur, a violé le principe du contradictoire.[20]

Les juges doivent aussi écouter les parties. Ainsi les autorités doivent être impartiales[21] c'est-à-dire sans préjugé or elles ne peuvent l'être que si le juge qui tranche le litige n'a pas déjà eu un rôle a joué dans l'affaire, ce qui explique que l'instruction soit confié à un rapporteur qui n'est pas présent au délibéré. Le principe d'oralité est également respecté puisque l'audience est orale (art 14 ART, art 16 CRE et le principe de publicité doit être défendu avec une possibilité si les parties sont d'accord que l'audience soit secrète. La décision est motivée

18. B Pacteau, op. cit., nº231
19. G Stephani , G Levasseur, B Bouloc, *Procédure pénale,* Dalloz, 17º éd., 2000, nº 868; L Cadiet et E Jeuland, *Droit judiciaire privé,* 4 éd., Litec, n. 914, en revanche le greffier est présent en contentieux administratif mais ne doit pas dépasser ses fonctions: B Pacteau, op. cit., nº 249
20. Cour d'appel de Paris, 23 septembre 2003, v. site de l'ART: http:/art-telecom.fr.
21. L Richer, art précit., p. 401 pour l'ART

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION224 224 4/10/2007 14:39:18

(art 17 CRE, règle issue de la jurisprudence de l'ART.[22] Il faut aussi que les juges entendent les besoin des parties en matière de secret des affaires mais c'est une question qui mériterait sans doute d'être creusée[23] Enfin le délai raisonnable est respecté non seulement dans les textes mais aussi dans la réalité car les affaires sont peu nombreuses, le délai maximum pour la CRE est de deux mois et de six mois pour l'ART

Les règles de procédure servent à garantir la mise en lumière de la solution la plus juste possible. Elles donnent une légitimité à la décision finale qui peut ainsi être accepté par les parties et exécuter.[24] Dans cette optique l'étude des règles de procédure de l'ART, de la CRE et du CSA montre les règles procédurales sont soigneusement respectées. Notre hypothèse est qu'il ne s'agit pas seulement d'une apparence de juridiction, qu'il ne s'agit pas non plus d'un avatar de la régulation mais d'un véritable travail de justice spécialisée. Dès lors le principe de la séparation des pouvoirs exécutif, judiciaire et législatif serait peut-être respecté car l'aspect exécutif disparaît et se forme une sorte de section contentieuse (à l'instar de ce qui existe devant le Conseil d'Etat) au sein des autorités de régulation. Ainsi un mouvement conduirait les secteurs concernés de l'interventionnisme étatique vers la justice étatique en passant par la régulation. La régulation serait ainsi un passage entre l'exécutif et le judiciaire; il y aurait ainsi une évolution qui irait d'un comportement actif et a priori de l'Etat vers un comportement plus passif et a posteriori qui est celui du juge, d'un juge indépendant vis-à-vis de l'Etat, on serait ainsi à un stade post-étatique.

On peut ajouter que ce mouvement est un mouvement de retour car le judiciaire nous semble antérieur aux deux autres pouvoirs. Plusieurs auteurs ont ainsi noté que le jugement était historiquement antérieur aux lois.[25] Les lois ont été et sont encore parfois des consécrations de solutions judiciaires. La généalogie du droit est sans doute celle-ci: un tiers tranche un litige d'une certaine manière puis confronté au même litige quelque temps plus tard apporte la même solution en vertu du principe du précédent et forge ainsi une jurisprudence, plus tard encore le besoin se fait sentir de faire connaître ces solutions judiciaires sous forme de loi, c'est le cas de la loi des XII tables du droit romain qui compile des solutions judiciaires.L Boy écrit dans un sens voisin " les instances de régulation traduisent un processus d'inversion de la production des normes en ce sens que

22. Rolin, loc. cit., p. 170.
23. Rolin, loc cit p . 166
24. Luhman, *La légitimation de la procédure,* [1969] trad. Fr. LK Sosoe et S Bouchard, Les presses de l'Université de Laval, CERF, 2001 et aussi L Boy à propos de la procéduralisation: *Réflexions sur le droit de la régulation,* D. 2001 chron. P.303
25. V Notre ouvrage, *Droit processuel,* op. cit., p. 19.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION225 225 4/10/2007 14:39:18

la norme émane désormais du cas concret, des pratiques individuelles, ce qui nous éloigne du modèle traditionnel français de la production de le norme par le haut »[26] Il nous paraît aussi probable à la lecture des anthropologues du droit que la résolution des litiges a été antérieure au pouvoir politique et coercitif.[27] Le pouvoir de conciliation reconnu à l'ART (art 17, le conciliateur est un des membres du collège)[28] et le rôle conciliateur joué de fait par la CRE[29] va d'ailleurs en ce sens car la régulation paraît avoir été le premier mode de résolution des litiges à l'intérieur d'une tribu donnée. Les secteurs concernés par les autorités de régulation ne sont-ils pas eux aussi des domaines fermés où le maintien des relations commerciales justifie un mode de résolution pacifiée[30] voire des procédures de conciliation. Mais il faut noter que la conciliation n'est pas organisée pour les deux autres autorités de régulation. La Bible peut également être lue sous un angle anthropologique. Or dans la bible le livre intitulé les juges précèdent celui qui concernent les rois. Certes ces juges n'étaient pas que des juges au sens actuel du terme mais le choix de ce mot nous paraît significatif de leur rôle principal. La principale différence avec les rois est qu'il n'avaient pas de pouvoir absolu et permanent.[31] Ce détour anthropologiques éclairent, nous semble-t-il, l'évolution des autorités de régulation. Elles deviennent, dans leur fonction de résolution des litiges, des juridictions spécialisées, indépendantes de l'Etat. Mais cette présentation ne suffit pas à rendre compte de ces institutions complexes, il s'agit aussi à bien des égards d'une juridiction possédant un fort imperium et donc hyper-étatiques.

2. DES JURIDICTIONS HYPER-ÉTATIQUES

Les autorités de régulation ne sont pas de simples juridictions que l'on pourrait classer auprès des juridictions spécialisées de l'ordre judiciaire. Elles possèdent des spécificités qui conduisent soit à y voir des administrations qui se déguisent en juge soit, ce que nous pensons, des juridictions ayant davantage de pouvoir que les juridictions traditionnelles, des juridictions hyper-étatiques. Un

26. Art. précit.
27. V. notre ouvrage *Droit processuel,* op. cit., p. 18 et notamment N Rouland; *Aux confins du droit,* O Jacob, 1991, p.89.
28. Cette procédure de conciliation avait été imaginée pour la CRE mais a été rejetée par l'assemblée nationale. V C Lemaire, *Energie et concurrence: recherche sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz,* PUAM, 2003, p.355.
29. C Lemaire, op. cit., p. 358, note 1745, une vingtaine d'affaires ont été réglées à l'amiable par la CRE avant 2002.
30. L Richer, art. précit. citant T Tuot Il faut " dédramatiser les règlements des différends », p. 399
31. V Deutéronome 16, 18 " tu institueras des juges et des magistrats dans toutes les villes.. » et Ruth, 1,1 " en ce temps là les juges jugeaient ».

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION226 226 4/10/2007 14:39:18

premier élément de discussion est le type de recours existant contre les décisions des autorités de régulation. Le type de recours qui existe contre les décisions des autorités de régulation n'est pas un appel classique mais ce serait un recours qui se rapprocherait davantage d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative. Il faut cependant remarquer que la Cour d'appel de Paris a un pouvoir d'annulation mais aussi de réformation,[32] que les autorités de régulation ne sont pas partie à ce recours même si l'autorité de régulation a la possibilité de faire des observations, ce qui est original mais pas en tant que partie. Cette solution n'est pas contraire au principe du procès équitable car les parties ont la possibilité de répliquer à l'autorité de régulation.[33] De ce point de vue les autorités de régulation seraient moins des administrations que des juridictions si spécifiques qu'un recours particulier a du être créé.

De même les autorités de régulation ont des pouvoirs importants d'injonction qui relèverait davantage du pouvoir exécutif que du pouvoir judiciaire. Nous ne le pensons pas tout d'abord car le pouvoir d'injonction est aussi répandu en matière judiciaire (injonction de communiquer des pièces, injonctions de faire diverses ordonnées par le juge des référés etc.). Il se peut que les pouvoirs de l'autorité de régulation soient cependant dans certains cas exhorbitants du droit commun en ordonnant notamment une nouvelle tarification[34] et toute autre prescription ou injonction de faire ou de ne pas faire. Cette solution a été reconnue pour l'ART par la Cour d'appel de Paris et devrait être étendue à la CRE.[35] Mais une juridiction spécialisée ne peut-elle avoir des pouvoirs spécifiques adaptés à son office? Ne s'agit il pas plutôt d'une juridiction ayant un fort imperium sans pour autant être une administration. La question de la jurisdictio et de l'imperium serait ainsi en pleine évolution et il ne faudrait pas seulement distinguer les juridiction ayant l'imperium de celles qui ne l'ont pas (l'arbitre) mais il y aurait tout un dégradé de situation partant d'instance n'ayant ni la jurisdictio ni l'imperium (le médiateur), en passant par l'arbitrage qui a la jurisdictio et l'imperium dit mixtum et le juge traditionnel (qui a la jurisdictio et l'imperium) pour arriver aux autorités de régulation qui détiennet la jurisdictio et un imperium renforcé, c'est pourquoi l'on peut parler e juridiction hyper-étatique. Une spécificité de la CRE a par ailleurs été relevée par M Tuot[36] à propos de l'affaire Semmaris car l'autorité à demander au gestionnaire de réseau de modifier ses règles en lui

32. Art 38 loi nº 2000-108 du 10 février 2000.
33. V CA Paris 6 avril 2004, site ART précité.
34. MA Frison-Roche, Régulation et règlement des différends, dans « Les risques de la régulation », Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, coordoné par la même professeur.
35. C Lemaire, op. cit., p. 358.
36. Art précit., p.315.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION227 227 4/10/2007 14:39:19

indiquant qu'il statuerait de nouveau deux mois plus tard. Cette solution proche du déni de justice montre que la CRE ne s'estime pas, dans ce cas, détentrice d'un pouvoir normatif, car elle n'impose pas les règles comme le ferait une administration mais qu'il s'agit d'un juge bien singulier qui s'autorise à ne pas juger tout en forçant une partie à modifier les normes qu'elles imposaient afin de se mettre en conformité avec la loi.

Notre hypothèse a peut-être l'inconvénient de vider partiellement de son contenu la notion de régulation. On ne pourrait plus parler de régulation à propos de la résolution des litiges dans les secteurs concernés. Or le droit est régulation, le jugement est régulation.[37] A Lyon-Caen présente cette thèse de la manière suivante: " le droit est un procédé de régulation de la société, mais un procédé parmi d'autres ». On retrouverait ainsi la confusion entre la régulation et la justice, la justice ne serait qu'une technique de régulation parmi d'autres. Il nous semble que l'on ne peut réduire à une technique, la méthode du procès qui vise à approcher la solution la plus juste possible en prenant en compte tous les intérêts en jeu, intérêt individuels, intérêts collectifs et intérêt général.[38] Par ailleurs le droit ne vise pas à réguler la société, il structure et constitue la société. Celle-ci est en effet formée de multiples liens de droit qu'ils soient contractuels ou légaux. Ainsi lorsque Mme Frison-Roche indique que la résolution des litiges apparaît dans des secteurs contractualisés, elle met en relation des liens de droit avec la résolution des litiges. Un secteur comportant des liens contractuels nécessite un tiers impartial et compétent qui puisse reconnaître ces liens et assigné à chaque partie sa juste place juridique. En ce sens la justice n'est pas un procédé de régulation c'est un art de la reconstruction des liens de droit malades (un litige n'est rien d'autre qu'un ensemble de liens de droit fonctionnant avec difficulté et formant un nœud).[39]

Dans ces conditions les autorités de régulation agissant en tant que juge ne devraient pas, selon nous, mener des raisonnements purement économiques pour résoudre un litige. Elles ne devraient pas se contenter de maintenir ouverte l'entrée dans un réseau ou d'assurer le respect du principe de libre concurrence, elle devraient avoir une approche plus globale et prendre en compte comme peut le faire le CSA dans certains cas l'intérêt général, les bonnes mœurs mais aussi la force obligatoire des contrats. Nous avons ailleurs critiqué l'application de

37. A Lyon-Caen, *Dictionnaire de la justice,* précit.
38 L Boy, art précité, selon cet auteur, il ne s'agit pas seulement de déterminer des droits subjectifs, v aussi L Cadiet, le procès est aussi une technique d'organisation, mél Paillusseau, Dalloz, p. 89..
39. V L Boy, art. précit., qui se demande si le droit n'est pas souvent plus fondateur de la société qu'il n'est présenté.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION228 228 4/10/2007 14:39:19

l'analyse économique du droit par le juge,[40] elle ne nous semble ni suffisamment scientifique ni relevé du rôle du juge mais plutôt du rôle de l'expert. Il se pose néanmoins de ce point de vue une difficulté. L'hypothèse que nous avons soulevé ne prend en compte une opinion aujourd'hui répandue selon laquelle les autorités de régulation ne seraient pas tant des juges que des experts. C'est leur spécificité de mêler des compétences techniques et des compétences juridiques. C'est un terrain difficile.

Une remarque peut être formulée à ce propos. N'est-il pas curieux à l'heure où l'on parle beaucoup de réseau en matière juridique[41] de s'interroger sur la résolution de litiges dans un réseau mais cette fois pris au sens technique du terme, un réseau audiovisuel, d'électricité, de gaz ou de télécommunication.[42] Ne s'agit-il que d'une coïncidence ou y a-t-il une explication rationnelle? Il est certain que la place de la technique dans nos sociétés est difficile à penser et il est notamment difficile de mettre en relation la société comme réseau de liens de droit et la société comme lieu de mise en œuvre de technique en réseau. Mais à vrai dire tous les liens de droit aujourd'hui sont forgés dans un environnement de haute technologie, ils se forment par voie électronique, utilisant des énergies, impliquant des déplacements. Ils se forment dans la vitesse et la précision grâce aux techniques, aux banques de données contractuelles. L'objet des liens de droit et particulièrement des contrats est très souvent technique particulièrement dans les secteurs concernés par la régulation. Il existe ainsi une imbrication, un enchevêtrement entre les liens de droit et la technologie, les liens de droit qui forment aujourd'hui notre société impliquent pour la plupart à un moment ou à un autre, lors de leur formation, leur exécution ou leur fin, une technologie. Dés lors pour résoudre un litige qui concerne ce type de liens de droit contemporains, il faut des juges qui possèdent des compétences techniques. Mais ils ne doivent pas se contenter d'être des experts et avoir une approche purement technique et économique d'un litige, ils doivent prendre en compte tous les intérêts en présence.

En conclusion de cette brève étude de la résolution des litiges par les autorités de régulation effectuée par un processualiste, il convient en sens inverse de s'interroger sur l'apport de ces nouvelles procédures sur la théorie générale du procès. Il apparaît tout d'abord qu'il faudrait élargir la notion d'action en justice

40. L'efficacité des procédures et des sanctions en matière économique, RJCom. Nov. 2002, n. spécial, *Le juge de l'économie.*
41. F Ost et M van de Kerchove, *De la pyramide au réseau,* Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.
42. En ce sens, MA Frison-Roche, art. précit. D. 2003; v aussi Richer, précit. L'argument technique est utilisé pour empêcher l'accès au réseau.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION229 229 4/10/2007 14:39:19

aux autorités administratives indépendantes remplissant des fonctions contentieuses.[43] Le domaine de la notion d'action s'en trouverait élargie mais la notion en sortirait peut-être aussi assouplie car il s'agit ici de simple faculté d'agir devant ces autorités, le choix existe, selon les cas, d'agir devant les tribunaux classiques voire devant le conseil de la concurrence. Il faudrait peut-être également créer la catégorie des juridictions ayant un imperium renforcé afin de classer ces juridictions qui sont à la fois post-étatique et hyper-étatique. Enfin les autorités de régulation invitent à s'interroger sur les notions de réseau et de secteur en ce qu'ils conduisent à créer des juridictions spécialisées pour remettre les parties à juste distance donc pour les maintenir à leur place dans un réseau de liens de droit doublé d'un réseau technique.

43. Proposition en ce sens de S Melis-Maas, *Pour un renouvellement de la notion d'action en justice*, thèse Metz, 2004.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION230 230 4/10/2007 14:39:19

CAPÍTULO XI

PROCESSO ADMINISTRATIVO, TEORIA GERAL DO PROCESSO, IMPARCIALIDADE E COISA JULGADA

Fernão Borba Franco*

Sumário: 1. Introdução – 2. A imparcialidade do juiz administrativo – 3. A coisa julgada administrativa – 4. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as garantias individuais previstas na Constituição Federal, encontram-se aquelas dispostas nos incisos LIV e LV do art. 5º:

> […] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

São, na realidade, princípios que norteiam o agir do Estado, exigindo que qualquer intervenção na liberdade ou patrimônio de outras pessoas deve ser precedida de um processo, mas não de qualquer processo: indispensável que seja o *processo devido*, sendo esse processo requisito tanto da atuação jurisdicional como da atuação administrativa do Estado, pois em ambas é possível o resultado de influenciar na liberdade ou patrimônio das pessoas[1].

De fato, o processo deve ser revelador do *modus operandi* do Estado, no sentido de fornecer uma tripla garantia: ao Estado, de que o processo será apto a produzir o resultado desejado; ao cidadão, pois necessário impor que esse processo não viole seus direitos e garantias individuais e, ainda, que possibilite a fiscalização dos atos do Estado.

(*) Juiz de Direito em São Paulo, Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – fbf@uol.com.br.

1. Aqui se toma "liberdade" em sentido muito amplo, não sendo restrito apenas à liberdade física, mas também a de ser ao indivíduo proibida, permitida ou imposta alguma atividade como contratar, construir, demolir *etc*. Além disso, útil referir à idéia de processo administrativo exposta por Celso Antonio Bandeira de Mello, no sentido de que é o *modo ideal de proceder da Administração*, seja como contrapartida ao progressivo condicionamento da liberdade individual, seja em decorrência do caráter funcional da Administração *(Curso de Direito Administrativo,* pp. 435/436). Adota ele, portanto, a necessária visão instrumentalista do processo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION231 231 4/10/2007 14:39:19

Processo, seja judicial ou administrativo, é método de trabalho. O direito material disciplina as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida, enquanto o direito processual cuida do conjunto de regras e princípios que regem esse método de trabalho, instrumentalmente destinado a garantir a autoridade do direito material[2 - 3].

A primeira associação que se faz quando se trata de "processo" é com o processo judicial, em exercício da jurisdição, não por acaso um dos institutos fundamentais da ciência processual e que, ao lado da ação, exceção e processo, formam a viga mestra da teoria geral do processo. Na verdade, a jurisdição é um dos modos de exercício do poder do Estado, e deve ser assim compreendida. A manifestação de poder, de outro lado, é de tamanha importância que a jurisdição deve ser considerada o pólo metodológico do estudo do processo[4].

Essa associação quase automática resulta, fundamentalmente, do fato de que o desenvolvimento da ciência processual, a partir do reconhecimento de sua autonomia, decorreu de estudos que tinham como paradigma o processo judicial. De simples regras formais, tidas como inerentes ao próprio direito material, o processo passou a ciência[5]; assim, talvez como conseqüência desse fenômeno, o termo "processo", cujo significado é o de avançar, caminhar em direção a um fim, sendo aplicável a qualquer ciência, como biologia ou química, tornou-se, no Direito,

> […] ligado à idéia de processo judicial, correspondente à atividade que se desenvolve perante os tribunais para obtenção da tutela jurídica estatal, tendente ao reconhecimento e realização da ordem jurídica e dos direitos individuais que ela estabelece e protege.[6]

Entretanto, a Constituição não restringe as exigências do devido processo legal e a própria existência de um processo ao processo judicial. Ao revés, trata expressamente do processo administrativo. Indaga-se, então, se haverá entre o processo administrativo e o judicial semelhanças ou dessemelhanças tais que imponham tratamento diverso das questões neles surgidas. Em outras palavras,

---

2. Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo,* p. 40.
3. Adota-se, como se vê, a teoria dualista do ordenamento jurídico, esclarecimento de importância e que deve ficar bem determinado. Veja-se, a respeito, Cândido Rangel Dinamarco, Direito e processo, *in: Fundamentos do Processo Civil Moderno,* tomo I, pp. 40/70 (especialmente o derradeiro item, "aplicações", pp. 67/70).
4. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo,* pp. 77/89.
5. A esse respeito veja-se Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno,* Tomo I, pp. 40/42, e Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil,* pp. 14/21.
6. Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil,* p. 13. É exatamente com observação semelhante que Odete Medauar inicia sua obra a respeito do tema: "o termo processo, na área do direito, vem habitualmente vinculado à função jurisdicional e, portanto, relacionado ao Direito processual civil e penal, sobretudo" *(A Processualidade no Direito Administrativo,* p. 11).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION232 232 4/10/2007 14:39:20

indaga-se se o raciocínio feito em um processo administrativo é o mesmo a ser efetuado em um processo judicial, ou haverá entre eles divergência tamanha que os institutos e princípios válidos em um não são os mesmos, ou não significam o mesmo, que em outro?

Será o "devido processo legal" judicial o mesmo "devido processo legal" administrativo? Será possível, enfim, um raciocínio comum entre eles?

Neste ponto, dois problemas aparecem e merecem solução. O primeiro deles diz respeito à adequação do método de trabalho pelo qual se admite uma teoria geral para o processo civil e penal, havendo os que entendem existir essa possibilidade e ser ela frutuosa, bem como os que, baseados na ausência de semelhanças suficientes, concluem não ser adequada a construção. Admitir uma teoria geral que abranja também o processo administrativo é ampliar o problema, mas isso é perfeitamente possível. Na verdade, a teoria geral pressupõe ser ela conveniente, para fins didáticos, auxiliando na compreensão dos fenômenos comuns e, até mesmo, das particularidades de cada um dos ramos específicos.

O segundo problema decorre, de certa forma, do primeiro, e pode ser identificado com o termo *pan-processualismo*. Será conveniente tratar do tema relativo à formação do ato administrativo do ponto de vista do direito processual, ou isso significará dar maior importância ao mensageiro que à mensagem? De outro lado, o processo administrativo é regulamentado de forma mais flexível que o processo jurisdicional, e o estudo mais aprofundado do processo administrativo poderia levar a um aumento da burocracia e do formalismo em detrimento da finalidade dos atos que se quer praticar[7]. Diga-se, desde logo, não ser o caso de temer essa visão abrangente da importância do processo ou suas conseqüências, pois o fato de ser o procedimento flexível ou rígido depende de lei e não é possível transformar um n´outro ou vice-versa simplesmente pelo transplante, doutrinário ou jurisprudencial, de institutos. Demais disso, o processo judicial, como o administrativo, têm a mesma finalidade, ou seja, obter um ato estatal que deve ser praticado porque assim determina o ordenamento jurídico[8], e cada um deles deve proporcionar o meio mais efetivo de atender a essa finalidade.

---

7. Não se acredita nessa conseqüência, mas não falta quem possua esse temor. Embora timidamente, está ele expresso, por exemplo, por José Cretella Jr., ao advertir que "é necessário precaver-se contra os enganos a que nos pode arrastar o método comparativo, tão fecundo na filosofia do direito, quando confrontamos o processo civil ou criminal com o processo administrativo" *(Curso de Direito Administrativo,* p. 572).
8. Interessante observar que a finalidade do processo jurisdicional é obter um provimento do Estado que garanta a obediência ao direito material, ao passo que o fim do processo administrativo é obter o ato determinado pelo direito material. Parece jogo de palavras, e é. A diferença, na verdade, não está na finalidade do ato, mas em como se inicia o processo e como ele se desenvolve. A diferença entre o ato jurisdicional e o ato administrativo não é essencial, portanto, e suas semelhanças são mais importantes que as pontuais diferenças.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION233 233 4/10/2007 14:39:20

Com isto se pretende dizer, em síntese, que a finalidade do processo judicial e do processo administrativo é a mesma. Devem variar os meios para atingir essa finalidade, de acordo com o objetivo específico de cada um deles[9], o que serve tanto para explicar a viabilidade de uma teoria geral do processo civil e penal como para explicar a possibilidade de estudo do processo administrativo sob o manto de uma teoria geral[10]. A teoria geral não significa que os institutos devem ser idênticos, mas que as particularidades de cada ramo podem ser explicadas coerentemente, com base em conceitos iguais. Afinal,

> […] o que a teoria geral do processo postula é, resumidamente, a visão metodológica unitária do direito processual. Unidade de método não implica homogeneidade de soluções. Pelo método indutivo, ela chegou à instrumentalidade do processo como nota central de todo o sistema e a tendência metodológica do direito processual contemporâneo como um todo; a visão instrumentalista, alimentada pela comprovação de que a teoria geral fornece, é o vento mais profícuo da atualidade, em direito processual. A teoria geral sabe indicar também, com segurança e generalidade, o modo de ser da relação funcional entre o processo e o direito substancial, além de definir princípios e seu significado jurídico-político e sua amplitude (...).[11]

Devemos, pois, adotar a premissa de que o processo administrativo deve ser examinado de acordo com a ciência processual, buscando a aproximação efetiva entre ambos.

Advirta-se, entretanto, que o processo administrativo deve ser visto como um todo, não havendo sentido em considerar apenas alguns tipos de processo administrativo, seja qual for o motivo para essa idéia.

Evidentemente, possível distinguir processos administrativos, como é possível distinguir entre processos jurisdicionais, de acordo com o tipo de provimento, ou ato, a ser praticado. Elementar da grande maioria dos processos jurisdicionais é a existência de um conflito de interesses, que faz com que algum dos interessados venha pleitear a intervenção do Estado[12], que a presta porque lhe interessa a observância do direito material. Possível distingui-los, pois, de acordo com a finalidade desses processos, ou seja, de acordo com o provimento desejado pela parte[13].

---

9. Ou, se se preferir, de acordo com os atos que deles resultam, ainda que possuam algumas especificidades.
10. Também nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld, Processo e procedimento administrativo no Brasil, *in: As leis do Processo Administrativo,* pp. 29/30.
11. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo,* p. 75.
12. E também elementar das arbitragens, que têm, segundo prestigiosa corrente, natureza jurisdicional. Vide, a respeito, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo,* pp. 45/46.
13. Apesar de as reformas do processo executivo recentemente efetuadas no CPC, ainda é possível distinguir as **atividades** do juiz no processo, seja decidindo a questão de direito material, seja determinando provi-

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION234 234 4/10/2007 14:39:20

As coisas não se passam de modo diverso quanto ao processo administrativo, sendo também possível distingui-los de acordo com a finalidade específica de cada um. A bem do tratamento geral que se pretende emprestar à matéria, todavia, não convém efetuar essas distinções, exceto quando se vá mencionar o tratamento dado no processo administrativo a algum instituto, exatamente porque, se é possível falar em uma teoria geral, é indispensável que abranja todos os gêneros de processo administrativo[14]. Por exemplo, consideremos a coisa julgada, que é tratada de modo diverso no processo civil e no penal, sendo inclusive um dos fundamentos de peso, aliado ao da ausência de *lide*, para diferenciá-lo do processo civil a ponto de não terem alguns doutrinadores como correta a existência de uma teoria geral do processo. Mesmo no processo civil, a coisa julgada é compreendida de modo diverso conforme o provimento pretendido e a sentença ao fim proferida. Seu exame, no processo administrativo, também não pode deixar de considerar o ato específico praticado.

De outro lado, a fortalecer a ausência de distinção essencial em decorrência da ausência de *lide*, ou conflito de interesses (elemento que não pode, sabidamente, ser tido como centro do estudo do processo porque é na verdade sociológico, não jurídico), pensemos na jurisdição voluntária, de que se diz não ser jurisdição e nem voluntária, mas é meio de exercício do poder do Estado, realizado jurisdicionalmente. Claro que a simples existência da jurisdição voluntária não responde simplesmente todas as indagações a respeito da peculiaridade existente no processo administrativo, decorrente da falta, ao menos aparente, de um conflito de interesses. Pensemos na hipótese de um pedido de alvará de funcionamento, exemplo de ato vinculado em que, presentes as condições legais, deve

---

dências de urgência para garantir a efetividade da futura decisão, seja tomando providências práticas para impor o adimplemento da obrigação de algum modo reconhecida pelo sistema [como anota José Carlos Barbosa Moreira, "essa mudança em nada influi na distinção ontológica entre as duas atividade. Cognição e execução constituem segmentos diferentes da função jurisdicional. A lei pode combiná-los de maneira variável, traçar ou não uma fronteira mais ou menos nítida entre os respectivos âmbitos, inserir no bojo de qualquer deles atos típicos do outro, dar precedência a este sobre aquele, juntá-los, separá-los ou entremeá-los, conforme lhe pareça mais conveniente do ponto de vista prático. O que a lei não pode fazer, porque contrário à natureza das coisas, é torná-los iguais (A nova definição de sentença, *Temas de Direito Processual,* Nona Série, pp. 168/169)]. Utiliza-se o termo *provimento* para designar todas essas atividades do juiz. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, provimento, na linguagem do processualista, "significa apenas o **pronunciamento** do juiz, ou seja, manifestação de seu pensamento através de palavras faladas ou escritas, ato com que ele decide alguma questão ou o próprio mérito, ou emite um comando" (Vocabulário de direito processual, *in: Fundamentos do Processo Civil,* vol. I, p. 209). Sobre a classificação dos provimentos, depois das reformas, confiram-se as ponderações, que se têm como perfeitamente corretas e coerentes com o sistema, de Cassio Scarpinella Bueno *(Curso Sistematizado de Direito Processual Civil,* vol. 1, pp. 307/322) e – por contraditório que pareça, embora não seja – de José Roberto dos Santos Bedaque *(Efetividade do Processo e Técnica Processual,* pp. 564/567).

14. Se não for possível uma teoria geral que abranja todos os tipos de processo administrativo, muito menos será possível uma que abarque o processo administrativo, o processo civil e o processo penal.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION235 235 4/10/2007 14:39:20

ser concedida a autorização. Aparentemente, não há aí conflito de interesses, mas pode existir, e pode ser decorrente da recusa ao ato[15], ou decorrente da resistência de demais interessados, como vizinhos, associações de classe etc. Dessa forma, pode haver resistência à pretensão em processos onde isso normalmente não aconteceria[16].

Claro que o conceito de lide não se resume à existência de uma controvérsia; necessário que dessa controvérsia resulte uma *pretensão*, e que a essa pretensão *resista* outro interessado no mesmo bem da vida[17]. Fácil de ver, portanto, que a lide, no processo administrativo, é elemento apenas acidental. No processo civil, entretanto, isso também ocorre, embora seja elemento de freqüência generalizada, e não ocorre no processo penal[18].

Daí não decorre, todavia, que seja inadmissível uma teoria geral que abranja o processo civil, o processo penal e o processo administrativo, porque a existência de uma lide é um fenômeno, repita-se, sociológico, que serve para justificar a atividade da parte ao exercer seu direito de ação, mas não esgota as finalidades do exercício do poder, seja jurisdicional, seja executivo. Como processo é modo do exercício do poder, evidencia-se a insuficiência do conceito, como pólo metodológico do estudo do processo, e como elemento para a própria caracterização do processo e dos requisitos para o exercício do poder.

Neste estudo, entretanto, não há como aprofundar o exame do processo administrativo sob o manto de uma teoria geral do processo[19], dado o limite de espaço.

Acredito, então, ser proveitoso examinar alguns pontos paradigmáticos, a demonstrar ser possível um raciocínio conjunto: a imparcialidade do julgador

15. Por motivos até justificados, como a existência de projeto de lei que modificará os usos possíveis naquela zona da cidade ou na descoberta científica de razões porque a atividade proposta não pode ser permitida em zonas residenciais, embora a lei de zoneamento, antiga, a possibilite.
16. José Marcelo Ferreira Costa cogita outro exemplo em que pode ou não haver uma lide: em uma licitação, um dos participantes interpõe um recurso administrativo, havendo solução dessa controvérsia, possibilitando seu encerramento; anota ele o absurdo de se considerar a licitação um *processo administrativo* apenas nas hipóteses em que exista essa lide durante seu processamento *(O conteúdo semântico do processo e do procedimento no direito administrativo brasileiro, Processo Civil – aspectos relevantes; estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Jr.,* p. 365).
17. Rogério Lauria Tucci observa ser insuperável a formulação do próprio Carnelutti: "exigência de subordinação de interesse de outrem ao próprio", fórmula que efetivamente determina os aspectos essenciais do conceito *(Teoria do Direito Processual Penal,* p. 35).
18. A este respeito, veja-se o mesmo Rogério Lauria Tucci, *op. cit*., pp. 32/40, em que se demonstra ser irrelevante o conceito no processo penal.
19. Esse foi o objetivo da tese de doutoramento que defendi na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2006, intitulada *Aproximação entre Processo Judicial e Administrativo:* um enfoque sobre o procedimento e a motivação, da qual, registre-se, foram tirados trechos deste trabalho.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION236 236 4/10/2007 14:39:20

administrativo, a coisa julgada administrativa e a importância da motivação no processo administrativo.

Tanto ao juiz administrativo como ao juiz de direito são deferidos meios de defesa de sua imparcialidade; cuidado que se deve ter, em relação ao primeiro, é que sua atividade seja compreendida em sua inteireza e grandeza, não se permitindo que o servidor se torne um defensor do dinheiro público, mas do interesse público.

Há coisa julgada administrativa, mas com contornos diversos da coisa julgada no processo civil e no processo penal. Essa delimitação diferente, entretanto, não exclui a necessidade de raciocínio comum, sendo os conceitos os mesmos nos três casos.

A motivação, no entanto, é o aspecto mais importante do processo administrativo, pois o elemento de maior importância da sentença administrativa. Isso é o que possibilita uma ligação entre o processo judicial e o processo administrativo, do ponto de vista da coisa julgada, harmonizando-os sob o ponto de vista do exercício do poder (note-se, uma vez mais, a importância desse elemento, fundamental e central, para o estudo do processo).

De fato, avulta a importância da motivação do ato administrativo, motivação essa que deve refletir os elementos constantes do processo administrativo e a discussão dos pontos relevantes, de fato e de direito, nele tratados. A motivação, além disso, ganha importância – é no mínimo tão relevante como o próprio ato final, ou, se se preferir, como o dispositivo da sentença administrativa – com a constatação de que é elemento fundamental para o controle do ato administrativo (permitindo que seja efetivo), para a garantia do administrado (serve como mecanismo de controle da imparcialidade do juiz administrativo e de publicidade efetiva do ato) e do próprio servidor (que, praticando uma motivação coerente com os elementos trazidos ao processo administrativo, pode justificar seu ato sem temer represálias), além, claro, do próprio Estado, pois com essas garantias serão observados os princípios da finalidade e a busca do interesse público primário.

2. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ ADMINISTRATIVO.

O julgamento por um juiz imparcial é elementar ao devido processo legal, pela simples razão de que não se cogita de igualdade sem essa premissa. No processo judicial, que tem como uma das características a substitutividade, ou seja,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION237 237 4/10/2007 14:39:21

o Estado pratica atos em substituição aos atos das partes[20], fica fácil perceber que o juiz é pessoa alheia ao objeto do processo. No processo administrativo, entretanto, o juiz não possui esse distanciamento, essa indiferença com o resultado do processo, mas, como se verifica pela imposição do princípio da finalidade, está ele diretamente envolvido com o resultado do processo, pois tem o *dever* de encontrar a melhor solução, em benefício do interesse público.[21]

A doutrina processual italiana faz diferença entre "imparcialidade" e a *terzietà*[22] do juiz. A imparcialidade seria a característica pela qual o servidor público deve agir no interesse do Estado e não em um interesse privado, próprio ou de terceiro. A *terzietà* não significa apenas agir no interesse do Estado, mas agir além de qualquer interesse, público ou privado; não é uma neutralidade, é mais que isso, é uma *indiferença*. No processo administrativo, como no legislativo, há a imparcialidade, mas não a *terzietà*, tanto que, se impugnado judicialmente algum desses atos, a demanda será ajuizada em face da Administração, ao passo que, se houver impugnação de algum ato judicial, não se propõe contra o Estado-juiz, mas ao próprio Estado-juiz.[23] A *terzietà*, ademais, na prática significa a **independência** do juiz, mas isso não é completamente exato, pois a independência é o meio para obter essa condição. No dizer de Gian Franco Ricci, *"il giudice non nasce terzo: lo diviene, perché un complesso di strumenti gli assicurano (o dovrebbero assicurargli) l'independenza*",[24] instrumentos que são a desvinculação da magistratura de outros poderes do Estado (independência externa); a inamovibilidade e a garantia de liberdade de decidir, ou seja, um juiz livre de esquemas hierárquicos, vinculado apenas às regras de competência (independência interna), e pela possibilidade de o juiz recusar o ofício jurisdicional em algumas hipóteses e ser recusado pelas partes em outras (*astensione; artt. 51 cpc e 36 cpp*, e *ricusazione; artt. 52 cpc e 37 cpp*).[25]

---

20. É o clássico conceito de Chiovenda *(Instituições de Direito Processual Civil,* vol. 2, pp. 11/14).
21. Diogo Freitas do Amaral explica que a Administração não está submetida ao princípio da inércia e "goza do direito de iniciativa para promover a satisfação dos interesses públicos postos por lei a seu cargo" *(Curso de Direito Administrativo,* p. 302). Juan Carlos Cassagne também observa que o processo administrativo é inquisitivo, ao contrário do processo judicial *(Derecho Administrativo,* vol. II, p. 528), e portanto daí decorre o dever de atuar.
22. Não consegui encontrar palavra em português que substitua a do original, motivo porque usei o termo italiano.
23. Cf. Gian Franco Ricci, *Principi di Diritto Processuale Generale,* p. 8, referindo a lição de Luigi Montesano.
24. *Principi di Diritto Processuale Generale,* p. 9.
25. *Principi di Diritto Processuale Generale,* pp. 9/11. O magistrado deve abster-se de julgar as causas em algumas hipóteses, correspondentes, grosso modo, às previstas no nosso CPC como de impedimento e suspeição (art. 51 do cpc italiano) e, não o fazendo, pode ser recusado pelas partes (art. 52 do cpc italiano), o que corresponde, também aproximadamente, às nossas exceções de impedimento ou suspeição. Essas mesmas garantias estão presentes na lei federal de processo administrativo (artigos 18/21), aplicáveis, como norma geral, a todos os processos administrativos.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION238 238 4/10/2007 14:39:21

A questão, portanto, parte dessa indagação: será suficiente a imparcialidade ou impõe-se, no processo administrativo, também a *terzietà*?

Evidentemente, não há como existir esse grau de indiferença no processo administrativo, pois o juiz sempre será um membro da Administração envolvida, em menor ou maior grau, no resultado do processo, qualquer que seja seu objeto[26] [27]; em sua decisão, sempre deverá o juiz considerar a finalidade pública da norma por ele interpretada e decidir de acordo com essa finalidade.

Todavia, exatamente esse é o trabalho desenvolvido pelo juiz de direito, caso lhe seja levada essa decisão para o controle de legalidade[28]. Realmente, o controle dos atos administrativos deve ser de estrita legalidade, mas para isso se impõe o exame da melhor alternativa para o preenchimento do interesse público, ainda que se trate de ato discricionário. A discricionariedade existe apenas se para o interesse público é indiferente uma solução ou outra, sendo esse o limite do controle de legalidade. Como se vê, dentro dos limites de cada uma das decisões a atividade é essencialmente idêntica.

Já se está encaminhando a resposta, portanto, para a conclusão de que a *terzietà* não é essencial no processo administrativo, como também é possível haver um processo administrativo inquisitório, embora sejam indispensáveis outros meios para aferir a imparcialidade do juiz. Ele deve ser *independente*, ou seja, não deve sofrer qualquer pressão para que decida, vinculando-se apenas ao preenchimento do interesse público (primário, repita-se) do ato[29].

---

26. Jesús González Pérez traça que existem três diferentes objetos de processo administrativo, bastante genéricos: o processo que visa o reconhecimento de uma situação jurídica subjetiva; o que pretende a anulação de um ato que tenha imposto uma obrigação, encargo ou qualquer tipo de prestação, e o que objetiva o reconhecimento de uma situação jurídica individualizada (Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica, *in: La Justicia Administrativa en Iberoamérica,* em cooperação com Juan Carlos Cassagne, pp. 74/75).
27. Em sentido contrário, Alberto Xavier sustenta que existe esse desinteresse ou *terzietà*, bastando que haja diferenciação das funções. Está ele fazendo referência ao processo administrativo tributário, em que o órgão que pratica o ato de primeiro grau, objeto da impugnação – o lançamento tributário – não é o mesmo que julga a impugnação, em primeiro ou em segundo grau. Sustenta ele, ainda, que existem graus de *terzietà*, dependendo da integração dos órgãos de lançamento e órgãos de julgamento em uma estrutura hierárquica, apenas, ou não terem qualquer vínculo direto de subordinação hierárquica *(Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário,* pp. 43/47).
28. Na verdade, entretanto, a *terzietà*, tida como *neutralidade* do juiz, não se confunde com a imparcialidade e a neutralidade absoluta não é, de modo nenhum, um bem a ser perseguido, como ensina José Carlos Barbosa Moreira (Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *in: Temas de Direito Processual,* 7ª Série, pp. 29/30): "*para o juiz, uma abstenção de intervir, um distanciamento em relação ao litígio, expressa justamente o contrário do que afinal se espera dele*" (p. 30).
29. Porque independência, no sentido de estar o juiz "integrado num Poder absolutamente autônomo em relação àquele em que se integra uma das partes do conflito" (Alberto Xavier, *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário,* p. 48), evidentemente não existe. É nesse sentido de independência que

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION239 239 4/10/2007 14:39:21

As garantias constitucionais voltadas para assegurar a independência do juiz de direito são a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade, e têm como finalidade garantir a independência *inclusive perante outros órgãos judiciários*.[30] Esta última garantia não é essencial para assegurar a independência dos magistrados, como se verifica da experiência norte-americana, em que normalmente os juízes não têm vitaliciedade, mas sua independência é

> […] cuidadosamente resguardada, por se considerar que o Poder Judiciário é peça fundamental no sistema de "freios e contrapesos", introduzido na constituição para impedir que o poder concentrado destrua a liberdade".[31]

Mesmo assim, entre nós a vitaliciedade é assegurada aos juízes (CF, art. 95, I), e consiste na impossibilidade de perda do cargo a não ser por sentença judicial. Os servidores públicos têm garantia semelhante mas não idêntica, a *estabilidade*, que entretanto permite perda do cargo por sentença judicial ou administrativa (art. 41, § 1º, CF). Essa garantia, ainda que mitigada se comparada com a vitaliciedade, vem sendo exigida para possibilitar a participação de servidores em comissões julgadoras, a fim de preservar sua independência[32].

Realmente deve ser atribuída essa prerrogativa aos servidores que exercem funções de decisão em processos administrativos; essa garantia não os beneficia, mas beneficia o serviço público por eles exercido, impedindo pressões espúrias para que tomem determinadas decisões, em prejuízo do interesse público. Imagine-se o exemplo de um servidor pressionado por superior hierárquico para tomar uma determinada decisão, que beneficia determinado particular mas não o interesse público. Se não lhe fosse outorgada essa garantia mínima de estabilidade, poderia até perder o cargo por negar-se a compactuar com o ato desejado pelo superior. Ainda que essa superioridade hierárquica possa acarretar o julgamento de eventual recurso administrativo em sentido contrário – e por causa do desvio de finalidade o problema não seria, em princípio, remetido ao Judiciário – sempre haverá a vantagem, para o interesse público, da motivação do ato pelo juiz de primeiro grau, que poderá servir como suporte para posterior anulação, administrativa ou judicial, do ato, considerando-se ainda sua publicidade. Enfim,

---

consideramos a expressão *"terzietà",* e nossa conclusão diversa da de Alberto Xavier é, portanto, apenas terminológica. Ainda resta o problema, todavia, de saber se o grau de independência do juiz é suficiente, no processo administrativo.

30. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo,* p. 164.
31. Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juízes,* pp.16/20, onde está o trecho transcrito. No curso da exposição, o autor informa que há resistência, nos Estados Unidos, à formação de um corpo permanente de juízes, mas o método eletivo também contém falhas.
32. Marcos Porta, *Processo Administrativo e Devido Processo Legal,* p. 119, faz essa asserção, com referência a julgado do STJ nesse sentido.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION240 240 4/10/2007 14:39:21

a independência do juiz é, no processo administrativo, de ser efetivamente buscada, pelas vantagens que traz ao interesse público.

Ainda quanto ao servidor estável, possui ele a garantia, também outorgada ao juiz de direito, da irredutibilidade de vencimentos (artigos 37, XV, e 95, III, da CF), de modo que sua independência, sob este ponto de vista, está garantida. A garantia da inamovibilidade está, de certo modo, também assegurada aos servidores públicos efetivos, porque não podem perder o **cargo** senão em virtude de sentença judicial ou administrativa[33]. Ora, cargo público *"consiste em lugar específico, que possui denominação própria, instituído na organização do serviço público com um conjunto de deveres e atribuições individuais, a ser provido e exercido por um titular*", provimento esse necessariamente feito por concurso público[34].

Certo que essa garantia não é tão ampla quanto a outorgada ao juiz de direito, que não pode ser transferido, mantido o cargo, senão a seu pedido ou em circunstâncias excepcionais[35], mas eventual transferência[36] do servidor que atuou como juiz por motivos estranhos ao interesse público poderá ser impugnada administrativa ou jurisdicionalmente e, comprovado o desvio de finalidade, o ato deve ser anulado.

Como se vê, das três garantias pessoais de independência outorgadas aos juízes de direito, uma também o é ao servidor estável e as outras duas também existem, embora de forma mitigada.

Guardadas as devidas proporções[37], portanto, há suficiente garantia de independência aos juízes dos processos administrativos: deve ser considerado, aqui, que as sentenças administrativas podem ser revistas pelo Poder Judiciário, cuja decisão é definitiva. A maior garantia outorgada aos juízes de direito decorre dessa definitividade de suas decisões, ao passo que a menor garantia outorgada aos juízes administrativos – mas ainda assim presente – decorre do fato de que a

33. Seja processo administrativo específico para a demissão, que lhe garanta ampla defesa, ou procedimento de avaliação periódica, sob as mesmas condições, como especifica Alexandre de Moraes *(Direito Constitucional Administrativo,* p. 204).
34. A citação é da obra de Alexandre de Moraes, Direito Constitucional Administrativo, p. 143. Sobre a indispensabilidade do concurso para o provimento de cargos e a vedação de transferências de servidores para cargos diversos daquele para o qual foi admitido, confira-se a mesma obra, pp. 150/151.
35. Cintra, Grinover, Dinamarco, *Teoria Geral do Processo,* p. 165.
36. Sempre motivada, evidentemente.
37. Alberto Xavier também admite a existência de graus de independência, classificando os órgãos em órgãos de justiça, judicantes ou jurisdicionais, conforme o aumento da independência de cada um *(Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário,* p. 50). Em que pese podermos sustentar que a independência deve ser absoluta, isso não é possível senão com a *terzietà*, impossível no processo administrativo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION241 241 4/10/2007 14:39:22

sentença administrativa deve limitar-se à busca do interesse público, da melhor forma possível, mas só se tornará definitiva, compreendido o termo como equivalente ao da coisa julgada material do processo civil, em algumas hipóteses, e ainda assim essa definitividade depende do transcurso de prazos bastante alongados.

Esse grau de independência é, sem dúvida, suficiente para assegurar a *indiferença* do julgador com o resultado do processo, o que pode ser tido como algo mais do que imparcialidade, e pode ser identificado com o dever de buscar a solução mais consentânea com o interesse público – o primário, segundo a conhecida lição de Renato Alessi, não o secundário. Isso, porque é *critério de interpretação* do direito administrativo a busca pelo interesse público na aplicação da lei, e nem o juiz administrativo, nem o juiz de direito, podem interpretá-la de modo diverso. A respeito, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari salientam que o primeiro passo para uma decisão administrativa será o de evitar promiscuidade entre o Estado-administração e o Estado-juiz:

> Essa, enfim, a primeira operação intelectual no instante da decisão do processo administrativo, até mesmo como imperativo de seus alicerces axiológicos (particularmente os princípios da impessoalidade/imparcialidade, o da segurança jurídica e o da igualdade): afastar da mente as razões de Estado.[38]

Afastadas da mente essas razões de Estado, pela busca do interesse primário e não do interesse secundário da Administração, para o que influencia decisivamente o bom grau de independência assegurado ao juiz no processo administrativo, conclui-se que no processo administrativo atual está presente, sim, a garantia de imparcialidade que contribui para o devido processo legal.

A lei federal das hipóteses de impedimento e suspeição do juiz trata nos artigos 18 a 21, e são relativos a todas as pessoas que participem do processo administrativo de alguma forma: juiz, instrutor, perito, testemunha etc.[39]. As causas de impedimento previstas no artigo 18 são as de ter o servidor interesse direito ou indireto na matéria (inciso I); tenha participado ou vá participar do processo como perito, testemunha ou representante ou algum parente seu, até terceiro grau, o faça (inciso II), ou esteja litigando com o interessado, seu cônjuge ou companheiro (inciso III).

As causas de impedimento tratam de impossibilidade absoluta de participação no processo, sendo falta administrativa grave deixar o servidor de comunicar o fato, como prevê o artigo 19 e seu parágrafo único. Pudera, pois as causas de impedimento trazem hipóteses em que o servidor objetivamente não apresenta

38. Processo administrativo, p. 149.
39. Como ocorre no processo judicial. A respeito, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo Administrativo,* p. 107, e Iuri Matos de Carvalho, Do impedimento e suspeição no processo administrativo, *in: Comentário à Lei Federal de Processo Administrativo,* coord. Lucia Valle Figueiredo, p. 128.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION242 242 4/10/2007 14:39:22

condições de imparcialidade suficientes para atuar no processo, acarretando sua nulidade.[40] Dada a gravidade dessas previsões, e sua objetividade, consideram Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari que as causas de impedimento previstas no CPC, que não foram objeto de previsão na Lei 9784/99, devem ser também consideradas como tal no processo administrativo, efetuando-se uma integração supletiva[41]. Certo que o servidor tem o dever de praticar os atos de sua competência, mas não pode praticá-los se não dispõe de imparcialidade suficiente para isso, o que é motivo para restringir sua competência.

As causas de suspeição são previstas no artigo 20 e, basicamente, dizem respeito à existência de amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados no processo ou respectivos cônjuges ou parentes. Como já adiantado, os motivos de suspeição dizem respeito a situações subjetivas do servidor, que podem levá-lo a atuar de forma parcial exatamente em decorrência da amizade próxima ou inimizade notória.

O termo inimizade notória não é tão expressivo como inimizade figadal, mas tem a vantagem de trazer elementos de objetividade para caracterizar a suspeição. Afinal, se a inimizade chega a ser notória é porque é ela grave.[42] Da mesma forma, e também porque o valor imparcialidade é essencial ao processo administrativo, basta que se demonstre não ter o servidor condições subjetivas de isenção suficientes para atuar no processo para caracterizar a suspeição, não se limitando suas hipóteses àquelas previstas na Lei 9784/99, ampliando-as para as previstas no artigo 135 do CPC, exceto a do inciso V, que no processo administrativo é causa de impedimento.[43]

A garantia da imparcialidade pode ser vista, ainda, sob um aspecto diferente, mas muito profícuo: não abrange apenas a proibição de *favores e odia*, mas está relacionado com a proibição de tomar a parte pelo todo, deixando de considerar

---

40. Arruda Alvim observa que a diferença entre suspeição e impedimento é o fato de que, no primeiro caso, concorrem situações subjetivas para a imparcialidade e, no segundo, situações objetivas que demonstram a imparcialidade. Daí, o tratamento mais grave, no processo civil, dado ao impedimento que à suspeição, pois esta pode ser alegada em exceção mas, caso isso não ocorra, haverá preclusão, ao passo que o impedimento pode ser alegado a todo tempo e enseja ação rescisória *(Manual de Direito Processual Civil,* vol. 2, p. 322).
41. *Processo Administrativo,* p. 109. No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho, *Processo Administrativo Disciplinar,* p. 365, e Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,* p. 102. Em sentido contrário, Iuri Mattos de Carvalho sustenta que, como o servidor tem o dever de praticar os atos para cujo exercício lhe foi deferida competência, e essa é irrenunciável, o elenco de impedimentos não pode ser estendido por interpretação analógica *(Do impedimento e da suspeição no processo administrativo,* pp. 129/131).
42. Mas, de toda sorte, basta haver "inimizade", como anotam Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari *(Processo Administrativo,* p. 109).
43. Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *op. loc. cit.*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION243 243 4/10/2007 14:39:22

fatos ou interesses relevante ou considerando fatos ou interesses irrelevantes; essa concepção é coerente com a noção de processo administrativo como meio de captação de dados relevantes para a decisão e, em sua motivação, devem ser consideradas as participações dos interessados, relativas quer à apuração, quer à interpretação dos fatos ou do direito,[44] o que, uma vez mais, leva à motivação como momento culminante do processo administrativo e, em vista da objetividade da atuação, permite o controle mais apurado da imparcialidade do servidor.

Assim, conclui-se que o juiz possui suficiente imparcialidade no processo administrativo, existindo meios e modos de controle pelos interessados no seu resultado, meios e modos que sempre passam pela motivação do ato, que contém os elementos indispensáveis para verificar se a atuação do servidor ocorreu com as necessárias independência e imparcialidade.

Resta ainda referir ao princípio do juiz natural,[45] que possui um tríplice significado: impede a criação de juízos ou tribunais *ad hoc*, ou seja, de exceção; garante que todos têm direito de se submeter a julgamento pelo juiz competente, pré-constituído na forma da lei, e esse juiz tem que ser imparcial.[46] O juízo de exceção é aquele criado especificamente para um caso individual, o que manifestamente permite manipulação da parcialidade; a competência já foi objeto de considerações anteriores e a imparcialidade já vem sendo suficientemente garantida. Nelson Nery Jr. observa ainda que, no processo administrativo, são muito comuns as violações ao princípio do juiz natural, notadamente quando se criam comissões sindicantes ou processantes *ex post facto*, seja visando a proteção, seja tentando prejudicar o sindicado ou processado, ainda que a autoridade responsável pelo ato final seja já conhecida,[47] hipótese em que, evidentemente, haverá prejuízo da imparcialidade – e desvio de finalidade. Essa possibilidade, portanto, é inviável, e as comissões devem ser necessariamente formadas antes dos fatos.[48]

Para encerrar, interessante referir que em sua atividade o juiz, no processo judicial e no administrativo, está jungido ao princípio do livre convencimento motivado, podendo considerar os fatos relevantes do processo, expressando seu raciocínio e elementos de convicção na sentença, e sua atividade na persecução

44. David Duarte, *Procedimentalização...,* pp. 494/495.
45. Que evidentemente se aplica ao processo administrativo, como expressa Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,* p. 101.
46. Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,* pp. 97/98.
47. Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,* p. 101.
48. Sugere Nelson Nery Jr. que sejam formadas por prazo determinado *(Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,* p. 102). O importante, para o autor, não é que sejam formadas antes de ocorrido o fato (op. cit., p. 98), mas que não sejam, como dito acima, formadas com "pessoalidade". De qualquer forma, constituir essas comissões antes do fato servirá para evitar definitivamente qualquer suspeita de "pessoalidade", sendo efetivamente o melhor caminho a percorrer. Afinal, não basta à mulher de César ser honesta, deve parecer honesta.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION244 244 4/10/2007 14:39:22

de elementos aptos a fornecer uma decisão justa em nada viola sua independência e imparcialidade, além de ser elemento importantíssimo na busca da finalidade da norma.[49]

3. A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

No dizer de Liebman, pode-se definir a coisa julgada como

> […] a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.[50]

A esse conceito deve-se acrescentar o esclarecimento de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que os efeitos da sentença podem, sim, ser modificados por vontade das partes, posteriormente, e mesmo depois de produzidos estão sujeitos a novas modificações, de modo que deve ser tornado claro que a imutabilidade não é propriamente dos *efeitos* da sentença, mas *da norma jurídica concreta nela enunciada*, ou seja, seu conteúdo.[51] Conclui Eduardo Talamini que: *"com o trânsito em julgado, constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença*".[52]

Exatamente esse o aspecto que se deve explorar, ao tratarmos da chamada "coisa julgada administrativa", que, aliás, não é a coisa julgada garantida constitucionalmente, porque não provém de decisão judicial.[53 - 54]

---

49. "Além de assegurar a igualdade das partes, a ampliação dos poderes de instrução do juiz corresponde com o enfoque do processo considerado instrumento público e oficial de realização da Justiça" (José Renato Nalini, *O Juiz e o Acesso à Justiça,* p. 83). No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, *Reflexões sobre a imparcialidade do juiz,* pp. 22/30.
50. *Eficácia e Autoridade da Sentença,* p. 50.
51. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, *in: Temas de Direito Processual,* Terceira Série, pp. 108/113. Ainda assim, há críticas a essa teoria, lideradas por Ovídio Baptista da Silva. Ver, a respeito, Araken de Assis, Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos, *in: Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo,* pp. 237/243, em que narra a crítica de José Carlos Barbosa Moreira, acima referida, e o debate travado com Ovídio Baptista da Silva, para quem a coisa julgada se limita à declaração contida na sentença, teoria adotada por Araken de Assis. De qualquer forma, a polêmica aqui não deve ser aprofundada, porque basta, para o estudo, traçar em linhas largas o conceito.
52. *Coisa Julgada e sua Revisão,* p. 44.
53. Eduardo Talamini observa que a coisa julgada vem constitucionalmente prevista exclusivamente para os atos judiciais, e ainda assim depende de outras condições, quais sejam a de ser resultado de um processo em contraditório – com a participação, portanto, de todos aqueles diretamente atingidos por seu resultado – e cuja cognição seja exauriente – o que, anotamos, é prova do valor da participação dos interessados na produção do ato, na medida em que isso torna possível influenciá-lo e o legitima *(Coisa Julgada e sua Revisão,* pp. 53/56).
54. Além da previsão constitucional da coisa julgada apenas aos processos judiciais, Enrico Tullio Liebman ensina ser inaplicável a noção de coisa julgada material ao processo administrativo porque o ato administrativo sempre pode ser alterado pela administração ou revisto pelo Poder Judiciário *(Eficácia e*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION245 245 4/10/2007 14:39:22

A coisa julgada não é um efeito natural das sentenças, judiciais ou administrativas, ainda que no processo correspondente se tenha garantido a participação efetiva dos interessados na produção do resultado final. É ela, na verdade, uma opção política para conseguir o objetivo de segurança nas relações jurídicas,[55] valor contraposto ao da busca pela solução mais justa.[56]

Sendo a coisa julgada, com a conseqüente imutabilidade do comando da sentença, exclusiva dos provimentos judiciais de mérito, não é possível que uma sentença proferida no processo administrativo impeça o seu reexame pelo Judiciário, mesmo porque vigora entre nós o sistema da jurisdição una, de modo que todos os atos do Estado podem ser objeto de revisão pelo Judiciário.[57]

Antes de prosseguirmos com o tema, interessantes algumas considerações a respeito da influência da coisa julgada no processo administrativo, porque se pretende aqui examinar a influência, se é que existe, de decisões administrativas sobre processos judiciais.

A influência da sentença cível ou criminal nos processos administrativos decorre da chamada *eficácia positiva* da coisa julgada, que obriga a qualquer juiz, no julgamento de outro processo, entre as partes, para cuja solução importe o resultado do anterior, o respeito a essa decisão[58]. Obriga também à Administração, não apenas ao juiz, o que é natural, porque a sentença, a que se agrega a imutabilidade, é ato do Estado.

Autoridade da Sentença, cit., p. 117). Essa observação foi feita para o direito italiano, cujo sistema da jurisdição dúplice é diversa da brasileira, mas a conclusão é a mesma para ambos os casos, conforme o aditamento *a*, feito pelo próprio autor, ao tema. Além disso, Eduardo Talamini anota, com inteira razão, que isso não consiste em uma inerência da jurisdição e sim do Estado de Direito, tal como delineado nos modernos ordenamentos, tendo valia jurídico-positiva e não lógico-jurídica *(Coisa Julgada e sua Revisão,* cit., p. 47).

55. Cf., dentre muitos, Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. 1, p. 447, José Carlos Barbosa Moreira, Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, p. 103, Augusto Morello, Limites razonables de la cosa juzgada y eficacia de la jurisdicción, *in: La Eficacia del Proceso,* p. 540.
56. Eduardo Talamini, *Coisa Julgada e sua Revisão,* p. 47.
57. A respeito, dentre outros, Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo,* p. 1205, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo,* p. 603. Isso já acontecia no regime constitucional anterior, se bem que, durante a vigência da EC 7/77 à Constituição de 1967, que instituiu o contencioso administrativo, havia condicionamento do acesso ao Judiciário ao exaurimento da via administrativa, além disso com ressalvas, pois essa Emenda trazia a possibilidade de se conferir competência originária aos Tribunais Federais de Recursos para conhecer dessa demanda (Cf. Kazuo Watanabe, *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança Contra Atos Judiciais,* p. 67). Sobre os sistemas de jurisdição dúplice e una, confira-se o estudo de Odete Medauar, *Controle da Administração Pública,* pp. 161/165.
58. Para Liebman, isso não tem a ver com coisa julgada, mas com a eficácia natural da sentença (cf. *Eficácia e Autoridade da Sentença,* p. 56), mas Eduardo Talamini observa, com razão, que se não fosse a garantia da coisa julgada não haveria a vinculação do segundo juiz a essa decisão anterior *(Coisa Julgada e sua Revisão,* pp. 130/131).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION246 246 4/10/2007 14:39:23

Seja qual for o nome que se dê ao fenômeno – como já dito, para Liebman se trata da *eficácia natural da sentença* – a sentença produz efeitos quanto a terceiros, ainda que não tenham participado do processo[59]. Essa eficácia, veja-se, não influencia nas relações jurídicas dos terceiros senão de forma indireta, porque não pode fazê-lo diretamente, sob pena de ilegitimidade do provimento, uma vez que o interessado não participou do respectivo processo.

Assim, isso é o quanto basta para explicar porque, nos processos administrativos, o juiz deve considerar a coisa julgada ocorrida em processos entre outras pessoas. De outro lado, exatamente como afeta as partes, se o Estado for parte em um processo ele também será afetado diretamente pela coisa julgada, seja um processo cível, seja um processo criminal – em que o Estado sempre atua. Neste caso, poderá haver influência em suas relações jurídicas, o que decorre de sua participação no processo anterior.

Não há, enfim, diferença quanto aos efeitos da coisa julgada – em sentido estrito, considerando-se a sentença judicial, apenas – se forem partes os particulares ou a Administração Pública.

Isto posto, examinemos a hipótese que interessa para o estudo: será que, em um processo administrativo, o Estado deve se conformar com seu resultado, estando impedido de pleitear a anulação do ato em processo judicial? Ou, em outras palavras, a "coisa julgada" administrativa tem efeitos diversos, conforme se considere a pessoa da Administração e dos demais interessados?

Se isso for verdadeiro, pode-se falar em uma *coisa julgada administrativa* que não se confunda com a coisa julgada formal, ou seja, o aspecto da coisa julgada material voltado para o próprio processo: *a coisa julgada formal consiste na imutabilidade de um comando que se limita a pôr fim ao processo*, enquanto a coisa julgada material consiste na imutabilidade do comando que dispõe substancialmente sobre algo que vai além da simples relação processual.[60]

---

59. "A sentença, como ato autoritativo ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado, para um caso determinado. As partes, como sujeitos da relação a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la igualmente. Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nela operam. Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face da sentença que decidiu somente a relação que em concreto foi submetida ao exame do juiz; mas todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, efeitos que se produzirão efetivamente para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei no caso concreto" *(Eficácia e Autoridade da Sentença,* p. 105).

60. A excelente definição é de Eduardo Talamini, *Coisa Julgada e sua Revisão,* p. 132.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION247 247 4/10/2007 14:39:23

A coisa julgada formal é, sem dúvida, efeito que se produz com o trânsito em julgado da sentença administrativa; o processo administrativo, uma vez encerrado, não pode ser reaberto, sendo indispensável novo processo para a modificação do que ficou ali estabelecido.

A questão é, pois, a respeito da imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença. Fora de questão que essa imutabilidade é, para o administrado, inexistente, porque sempre poderá ele pretender, judicialmente, a modificação da sentença administrativa. A dúvida se põe quanto à Administração: será que, para ela – e, portanto, os limites subjetivos da coisa julgada administrativa teriam regime diverso do que têm os processos judiciais – é possível instaurar novo processo administrativo para modificação do ato anterior, ou, ainda, poderá ela recorrer à via jurisdicional com essa finalidade?

Confira-se a doutrina de Sérgio Ferraz a respeito:

> Pode-se (e deve-se) falar, sim, *em coisa julgada administrativa.* Não infirma sua existência a possibilidade de reexame jurisdicional do ato. O que a expressão traduz é a impossibilidade de se rever, de ofício ou por provocação, o ato ('in casu', a decisão no processo administrativo) em sede administrativa, após o percurso traçado no ordenamento jurídico. Trata-se de um imperativo dos princípios administrativos em geral, do da boa-fé, da moralidade e da segurança jurídica (dentre outros) em particular.[61]

Para o próprio Sergio Ferraz, entretanto, a *coisa julgada administrativa* não se confunde exatamente com a coisa julgada formada nos processos jurisdicionais, mas tem noção apenas semelhante. A coisa julgada *imuniza* a decisão contra qualquer modificação posterior, o que não ocorre no processo administrativo: nada diz ele sobre ser vedado à Administração buscar a anulação do ato judicialmente, e admite a *revisão* da sentença administrativa, ou seja, seu desfazimento por outro processo.[62]

Indispensável, portanto, para conhecimento dos limites da coisa julgada administrativa, exame das leis federal e paulista pois, como dito inicialmente, a coisa julgada é uma **opção política**, sendo dado ao legislador regulamentá-la e, inclusive, excepcioná-la em algumas hipóteses, sem que com isso esvazie a determinação constitucional a seu respeito.

O artigo 53 da lei federal prevê a possibilidade de anulação dos atos da Administração, quando ocorrer vício de legalidade, e sua revogação, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. A respeito,

61. *Processo administrativo: prazos e preclusões,* p. 299
62. Revisão essa que é semelhante à ação rescisória ou revisão criminal, no processo judicial.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION248 248 4/10/2007 14:39:23

as Súmulas 346 e 473 do STF já diziam, respectivamente, que "A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos" e

> A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Assim, tanto a revogação das sentenças administrativas como sua anulação é possível, **mas sempre em novo processo administrativo**, assegurado o devido processo legal. Como já dito várias vezes, o processo administrativo é o meio de atuação que deve ser observado necessariamente, quando menos para determinar como e quais são os direitos adquiridos a preservar e quais limites da discricionariedade existem para a revogação ou, ainda, se o ato é efetivamente nulo e qual seu fundamento.

Nesta última hipótese, entretanto, a lei federal fixou para a anulação o prazo de cinco anos, no artigo 54: "o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada máfé", findos os quais a anulação não mais será possível.

Necessário exame do artigo 63 da lei federal, que traz as hipóteses em que o recurso não será conhecido: se for apresentado fora do prazo, perante órgão incompetente (hipótese que acarretará indicação do órgão competente e devolução do prazo, conforme o § 1º), por quem não seja legitimado e após exaurida a esfera administrativa. O parágrafo segundo desse dispositivo determina que "o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa".

A lei paulista trata de forma semelhante a coisa julgada administrativa. Em seu artigo 51, dispõe que "esgotados os recursos, a decisão final tomada em procedimento administrativo regular não poderá ser modificada pela Administração, salvo por anulação ou revisão, ou quando o ato, por sua natureza, for revogável".

Interessa referir que a lei paulista, reconhecendo a indispensabilidade de processo administrativo para invalidar o ato ou contrato administrativo, previu o respectivo procedimento, nos artigos 57 a 61.

Essa invalidação dos atos pode ser feita de ofício ou por provocação do interessado, salvo quando ultrapassado o prazo de dez anos de sua produção, se da irregularidade nenhum prejuízo decorreu ou se os atos forem passíveis de convalidação (artigo 10, incisos I, II e III).

Assim, a revogação do ato discricionário será sempre possível, desde que em novo processo administrativo, o que se justifica plenamente pela própria

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION249 249 4/10/2007 14:39:23

natureza desses atos: o interesse da Administração pode variar com o tempo, e um ato que antes foi adequado pode não continuar sendo, modificados a situação de fato ou os interesses a proteger (modificação que, neste caso, não seria impedida pela coisa julgada, dada a mudança da situação de fato que a originou; o paralelo que se pode aqui fazer é com a sentença de alimentos ou de guarda de filhos).

A questão se apresenta, na realidade, a respeito dos atos nulos, em que a lei federal prevê o prazo de cinco anos e a lei paulista o prazo de dez anos como limite para a anulação (apenas dos atos de que decorram efeitos favoráveis para os administrados; os atos que só favoreçam a Administração podem ser modificados a qualquer tempo, porque não existem direitos dos particulares a preservar, favorecendo-se, desse modo, o princípio da legalidade). A lei paulista não ressalva diretamente os atos que não beneficiem os particulares, mas os que não o fazem e são ilegais são, *por sua natureza*, anuláveis, em vista do princípio da legalidade. Não se confunde ato nulo com ato revogável, diferença expressa na Súmula 473, mas como o ato não beneficia terceiros e prejudica a Administração, porque ilegal, deve haver interpretação extensiva e ser possível a anulação desses específicos atos a qualquer tempo.[63]

Os prazos previstos nas leis de processo administrativo impedem novo processo administrativo, após seu decurso, visando anular os atos ilegais de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário. Assim, esses novos processos, semelhantes à ação rescisória ou revisão criminal, têm também prazo para ajuizamento. Depois disso, não haverá possibilidade de novo processo administrativo visando a anulação do ato, salvo comprovada má-fé, da parte ou do agente público, tratando-se de ato federal apenas, pois na lei estadual não há semelhante ressalva.[64 - 65]

---

63. Esta conclusão é coerente com a de Daniele Talamini, no sentido de que "a discricionariedade que fundamenta a revogação, portanto, é aquela que subsiste em um momento posterior à prática do ato e que diz respeito à possibilidade de produzir modificações na relação jurídica dele decorrente" *(Revogação do Ato Administrativo,* p. 253): se não há prejuízo ao particular, possível a modificação do ato. Ainda assim, registre-se que se trata de anulação, e não de revogação em sentido estrito, pois neste caso o ato será discricionário, o que não ocorre na hipótese de anulação, que é ato vinculado.
64. Juarez Freitas, analisando o dispositivo em comento, sustenta que se houver má-fé do administrado ou do agente público (ato de improbidade, pois) é plenamente justificável não se obedecer ao prazo do artigo 54, "sob pena de periclitar o sistema, opondo a segurança das relações jurídicas às exigências mínimas de moralidade" *(Processo administrativo federal:* reflexões sobre o prazo anulatório e o dever de motivação dos atos administrativos, pp. 99/100). É que a coisa julgada é opção política, e politicamente a opção foi por prevalecer a moralidade à segurança, inclusive com fundamento constitucional (artigo 37, *caput*, da CF). Entretanto, estende ele essa conclusão aos demais casos de nulidade (*op. cit*, p. 104), o que não se pode admitir, em vista exatamente da natureza política da coisa julgada: a exceção à regra prevista deve ser expressa, como ocorreu apenas com o caso da má-fé.
65. É alheio ao estudo o problema da prescrição para que a Administração busque, judicialmente, a invalidação dos atos viciados, porque não se trata de questão voltada diretamente ao processo administrativo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION250 250 4/10/2007 14:39:23

A questão que remanesce, portanto, é se, e em que condições no caso de positiva a primeira resposta, poderá a Administração beneficiar-se da via judicial para a anulação de seus atos ilegais, decorrido o prazo para a anulação administrativa. Observe-se que a escolha do verbo foi proposital, para compreender tanto as hipóteses de demanda ajuizada pela própria Administração como a ajuizada por alguém, com legitimidade extraordinária para tanto, visando a anular o ato, como nas hipóteses de ação popular, ação civil pública ou de improbidade administrativa, pois não há diferença entre elas, considerando que todas pretendem beneficiar a Administração, retirando validade de uma sentença administrativa transitada em julgado.

A questão se apresenta com freqüência e há tempos quanto aos atos da Administração Tributária, favoráveis ao contribuinte[66] e continua muito atual, tanto que, recentemente, voltou à baila em decorrência do Parecer PGFN/CRJ n. 1087/2004, da lavra do Procurador Paulo Rodrigues da Silva, devidamente aprovado pelo Procurador Geral Manoel Felipe Rêgo Brandão e pelo Ministro de Estado da Fazenda.[67] O Parecer fundamenta a possibilidade de a Administração impugnar jurisdicionalmente seus próprios atos em decorrência da maior extensão atualmente conferida ao princípio da legalidade, que abrange não apenas a interpretação da lei mas também dos princípios aplicáveis e porque essa proibição, constante do artigo 45 do Decreto 70.235/72, violaria, caso impedisse a Administração de valer-se do Poder Judiciário, o princípio do monopólio da jurisdição por este Poder.

Os fundamentos podem ser criticados. O primeiro deles, porque a interpretação da lei é atividade que deve considerar todas as normas jurídicas, inclusive os princípios implícitos, não havendo relação entre isso e a possibilidade de controle judicial do ato, uma vez que essa atividade interpretativa não é dada apenas ao juiz, mas também ao administrador. O segundo, porque o Judiciário não tem o monopólio da jurisdição, uma vez que essa é apenas a atividade preponderante, não exclusiva; todos os Poderes exercem atividades de administrar, julgar e legislar.

O que se poderia sustentar é a inconstitucionalidade do dispositivo que impede o acesso ao Judiciário quando a decisão final em processo administrativo

66. A questão já foi objeto de discussão em 1972, quando os professores Geraldo Ataliba e Rubens Gomes de Sousa concluíram que, salvo erro de fato – em que é possível rever administrativamente a decisão – a decisão regular e final para a Administração é a ela vinculante, mas isso não impede que possa ela pedir ao Judiciário revisão de decisões benéficas ao contribuinte *(Elementos de Direito Tributário,* coord. Geraldo Ataliba, pp. 381 e 404/409).
67. DOU Seção I, 23 de agosto de 2004, pp. 15/17.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION251 251 4/10/2007 14:39:24

tributário beneficie o contribuinte, interpretação que foi dada como correta ao disposto no artigo 45 do Decreto 70.235/72,[68] porque violaria a garantia de acesso ao Poder Judiciário.[69]

Isso, entretanto, não pode ser tomado em caráter absoluto. Sem dúvida, em vista do amplo controle, dado por nosso sistema, do ato administrativo, o contribuinte pode valer-se do Judiciário sempre que disso tiver necessidade. Estará, aí, valendo-se do próprio Estado, pois Judiciário, Legislativo e Executivo cumprem apenas funções diversas do mesmo Estado. Daí, seria coerente com o sistema imaginar que o Estado, tendo beneficiado o particular, não possa procurar, em outro processo – administrativo ou judicial – buscar a modificação dessa decisão benéfica, **desde que haja lei nesse sentido,** porque a coisa julgada é opção política e como tal deve ser tratada. Então, no caso específico – admitida como correta a interpretação dada ao artigo 45 do Decreto 70.235/72 –, o controle jurisdicional pode ser arredado, como, aliás, ocorre na hipótese de arbitragem, em que o artigo 33 da Lei 9307/96 só permite acesso à via jurisdicional, contra a decisão arbitral[70], em hipóteses restritas[71] de nulidade dessa sentença.

Assim, na hipótese de existir norma específica impedindo o acesso da Administração à via judicial, para tentar anular decisões tomadas em processo administrativo regular, a chamada *coisa julgada administrativa* deve ser observada. Se não houver tal norma, poderá a Administração discutir a própria decisão judicialmente, em decorrência da garantia de acesso ao Judiciário. Neste caso,

68. "Art. 45: No caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio". Importa também transcrever o artigo 42 do mesmo Decreto: "Art. 42. São definitivas as decisões: I – de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto; II – de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição; III – de instância especial. Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício". A interpretação do dispositivo não é necessariamente a que se lhe emprestou, mas vamos admiti-la como ali se disse.

69. Exatamente a observação de Rubens Gomes de Sousa: o dispositivo constitucional se aplica ao poder público ou só se aplica ao contribuinte? *(Elementos de Direito Tributário,* p. 381).

70. Não ingressarei na discussão a respeito da natureza da sentença arbitral, havendo os que entendem ter ela natureza jurisdicional porque "está presente o caráter substitutivo da jurisdição, que consiste na interferência de uma terceira pessoa, estranha à lide, que não participa do conflito de interesses, terceiro esse que dirigirá imparcialmente a busca da verdade para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto" (Cf. Carlos Alberto Carmona, Arbitragem e jurisdição*, Revista de Processo* n. 58, p. 38). No caso do processo administrativo, não há um juiz *terzo*, mas imparcial, como já se expôs, mas pôr como pólo metodológico do estudo do processo a *lide*, como se fez acima, não é a solução cientificamente mais apurada. De tudo isso, o que se verifica é a importância do procedimento em contraditório, legitimando a atuação do Estado ou do árbitro. Dizer, portanto, que a arbitragem tem natureza jurisdicional ou contratual não interfere nestas conclusões, pois, em última análise, o que importa é o *modo* da resolução dos conflitos, não quem é responsável por ele.

71. Sobre a taxatividade desse rol, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo,* p. 318.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION252 252 4/10/2007 14:39:24

todavia, algumas restrições devem existir, porque, caso contrário, estará sendo violado o princípio da *segurança jurídica,*[72] que restringe a ocorrência de atos perturbadores da ordem jurídica.

Já se disse que a questão é controvertida. Neste momento, cumpre mencionar que o fundamento pelo qual se sustenta a impossibilidade de a Administração valer-se do Judiciário para anular seus atos, praticados em processo administrativo regular, é a de que a proteção do Judiciário é uma garantia dos cidadãos contra o Poder Executivo e não um direito do Poder Executivo contra os cidadãos.[73]

Este posicionamento, com o respeito que merece, não pode todavia subsistir. É que o Poder Judiciário, já se disse, exerce o controle dos atos administrativos em geral, tanto em benefício do particular como da sociedade como um todo. Não é possível, neste ponto, ter a Administração como inimiga do particular e ver-se na garantia de acesso ao Judiciário apenas um meio de o particular livrar-se das garras do Executivo. O controle judicial é mais amplo e, reitere-se, em benefício da sociedade como um todo, tanto que possível por ação popular, ação civil pública ou ação de improbidade administrativa. Dessa forma, nenhum dos posicionamentos radicais pode ser aceito: nem os atos ilegais podem ser livremente revistos pelo Judiciário, a pedido da Administração, nem pode haver impedimento absoluto a esse controle.

Cumpre, então, encontrar um meio termo coerente com o sistema. Dentre as consideradas invalidades insanáveis do ato administrativo,[74] que ensejam o dever de invalidação, respeitados os limites já referidos, relativos ao decurso do tempo, segurança jurídica e boa fé, a *inexistência de motivo* – considerado como o fato que dá causa ao ato – e o *vício de causa* (relação entre motivo e conteúdo do ato, em vista de sua finalidade) são causas muito amplas e sua admissão como autorização excepcional para autorizar a desconstituição da coisa julgada administrativa retira todo o valor das sentenças administrativas, desrespeitando o princípio da segurança jurídica e a separação de poderes.[75] Entretanto, três delas

72. A respeito, Mônica Martins Toscano Simões observa que existem limites ao dever de invalidar atos irregulares, limites esses constantes de um tempo razoável e dos valores da segurança jurídica e boa-fé *(O Processo Administrativo e a Invalidação dos Atos Viciados,* pp. 155/156).
73. Como sustenta Alberto Xavier, com fundamento em doutrina de Hugo de Brito Machado e Rubens Gomes de Sousa: *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário,* pp. 143/144.
74. Segundo Monica Martins Toscano Simões, os vícios insanáveis são cinco: vício de motivo, vício de requisitos procedimentais, vício de finalidade, vício de causa e vício de formalização *(O Processo Administrativo e a Invalidação dos Atos Viciados,* pp. 147/152).
75. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a separação de poderes constitucionalmente estabelecida torna restrito o controle judicial do ato administrativo. A fórmula existente é vaga – o Judiciário pode anular o ato, reconhecendo ilegalidade, mas não pode revogá-lo, por razões discricionárias – e o limite deve ser dado pela própria Constituição. O primeiro desses limites é a garantia do controle jurisdicional dos atos

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION253 253 4/10/2007 14:39:24

merecem maiores comentários. Assim, vícios graves no tocante à *finalidade* do ato, sua *formação* e sua *formalização* possibilitam a revisão do ato, inclusive judicialmente.

Os dois primeiros vícios (inexistência de motivo e vícios de causa) não podem autorizar a revisão judicial da coisa julgada administrativa porque, decorrentes que são de má apreciação dos fatos ou de equivocada interpretação jurídica dos fatos relevantes, sua revisão violaria o princípio da segurança jurídica: uma vez manifestado o entendimento a esse respeito, limita-se a revisão aos recursos cabíveis, apresentando-se então a decisão administrativa como inteiramente eficaz e vinculativa.[76] Afinal, o processo serve exatamente como método para que se tome a melhor decisão, por meio do aprofundamento da conexão. Portanto, ainda que conhecidos posteriormente fatos já ocorridos,[77] não é possível a modificação da decisão administrativa, judicialmente,[78] uma vez que o ato não foi viciado por nenhuma ocorrência grave a ponto de desconsiderar a necessidade de segurança dos atos do Estado. O processo é um método, e como todo método sujeito a falhas, decorrentes da própria condição humana dos que o manejam e, portanto, insuperáveis. Realmente, as provas nunca são absolutas no processo e é preciso atingir algum limite a sua admissibilidade; a cognição, repita-se, deve ser a adequada a cada processo,[79] e essa adequação significa que foi obtida a melhor decisão possível nas circunstâncias. Se isso foi feito, não há razão excepcional para mudar a decisão posteriormente.

Os três outros (finalidade, formação e formalização do ato) podem ou não justificar a revisão. Quanto ao vício processual, deve ser grave o suficiente para concluir que não foi assegurada participação suficiente para a garantia do resultado. Note-se que deve ser um vício de extrema gravidade, como o que im-

---

administrativos, o segundo é a separação dos poderes e o terceiro é a moralidade administrativa (Cândido Rangel Dinamarco, parecer fornecido a José Eduardo Rangel de Alckmin, item 10). Interessante notar que Dinamarco trata da coisa julgada tributária como verdadeiro fenômeno de direito substancial, decorrente de uma declaração de vontade da Administração Pública, com isso o diferenciando da coisa julgada propriamente dita (item 9 do Parecer já referido).

76. Seria até desnecessário, mas ressaltemos o óbvio: estamos tratando de atos que conferem vantagens aos particulares e não à Administração. Ao particular sempre será dado o acesso ao Judiciário para discutir as sentenças administrativas.

77. O surgimento de fatos novos pode modificar o ato, como é possível modificar a coisa julgada judicial.

78. Esta consideração decorre da proteção à coisa julgada. No processo civil, cumpre essa finalidade o artigo 474 do CPC, que trata da eficácia preclusiva da coisa julgada e não atinge os fatos supervenientes (José Carlos Barbosa Moreira, A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, *in: Temas de Direito Processual,* 4ª. Série, pp. 97/109, esp. p.108, e Ada Pellegrini Grinover, Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada, *in: O Processo: estudos e pareceres,* pp. 112/114).

79. José Carlos Barbosa Moreira, *Alguns problemas atuais da prova civil,* p. 156.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION254 254 4/10/2007 14:39:24

possibilita a participação efetiva dos interessados no processo[80] ou o vício de competência que impossibilite a execução do ato. No que respeita a vícios de formalização, algumas vezes é possível desconsiderar a coisa julgada porque tais ocorrências simplesmente impedem a manifestação ou a execução do ato. São estas, entretanto, hipóteses absolutamente excepcionais, valendo a regra de que as nulidades processuais, uma vez encerrado o processo, se tornam irrelevantes e de que, sendo possível superar vícios meramente formais, devem ser esses atos plenamente considerados.

O vício de finalidade encerra os maiores problemas, pois é nele que se podem encontrar os vícios de moralidade administrativa, a verdadeira chave para o problema. A regra geral a que se referiu anteriormente é, segundo Cândido Rangel Dinamarco, a seguinte:

> […] como venho dizendo eu ao longo do presente parecer, reside na *moralidade administrativa* a chave capaz de abrir as vias judiciárias com vista à censura jurisdicional dos atos da Administração. Estamos em um campo de extrema excepcionalidade, dentro do qual se admite sim a censura do ato administrativo, mas que só se caracteriza em casos acintosos de excesso de poder, ou desvio de poder ou de finalidade. Sem o deliberado e doloso intuito de trair, não há excesso de poder e não pode haver censura judiciária em casos como este, porque não é lícito provocar uma drástica ruptura do equilíbrio entre os Poderes do Estado. É de inteira pertinência a observação feita por Charles Debbasch quando ressalta os males do controle excessivo, dizendo: "uma Administração controlada muito de perto, tendo a sensação de não ser compreendida, corre o risco de optar pela inércia para evitar problemas. *A Administração será então bem controlada mas o país, mal administrado".*[81]

Assim, a respeito da *coisa julgada administrativa*, isto é, da decisão que beneficia o administrado, será possível a revisão do ato pela Administração, mas condicionado a novo processo administrativo ou a processo judicial[82], desde que existentes circunstâncias excepcionais que a possibilitem, circunstâncias excepcionais que, refletindo valores consagrados constitucionalmente, permitam arredar outro dos valores relevantes, qual seja o da segurança jurídica.

Resta apenas concluir o tema, ressaltando a importância da motivação no controle do ato administrativo. A coisa julgada administrativa impede, quando a decisão foi benéfica ao administrado, que a Administração busque judicialmente sua revisão, exceto nas circunstâncias excepcionais em que houve violação ao

80. Como, por exemplo, o vício de citação no processo judicial, que autoriza a desconsideração da coisa julgada defeituosa pelo manejo da *querella nullitatis insanabilis*.
81. Parecer fornecido a José Eduardo Rangel de Alckmin, item 12.
82. Sérgio Ferraz, *Processo administrativo: prazos e preclusões,* cit., p. 300/301.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION255 255 4/10/2007 14:39:24

princípio da moralidade administrativa, com atuação de má fé do particular ou do servidor.

Onde se revela essa falta de moralidade ou ausência de boa-fé? Exatamente na motivação do ato, na falta de observância dos elementos do processo, na indicação de que fatos foram maliciosamente suprimidos e poderiam ser obtidos durante o curso da instrução. Apenas o exame do processo administrativo como um todo – lembre-se a importância do procedimento como meio de conferir substância aos elementos nele tratados – e da motivação da sentença administrativa em particular poderá indicar se ocorrem algum ou alguns dos fundamentos para a desconsideração da *coisa julgada administrativa*. Além disso, se porventura descoberto algum fato indicativo dessas condições, o controle judicial só pode ser feito mediante o exame do processo administrativo em que essa má-fé ou imoralidade ocorreram, pois, se o que houve foi apenas má apreciação dos fatos ou do direito, a demanda visando rever o ato administrativo não poderá ser julgada procedente.

A existência de vários casos em que, depois de transitada definitivamente em julgado a decisão administrativa, não é possível sua revisão, administrativa ou judicialmente, bem demonstra que há *coisa julgada administrativa*, embora com parâmetros bem diversos dos encontrados nos processos civil e penal; esses parâmetros, acidentais, não impedem que sua natureza seja idêntica, tanto considerando o processo civil como o penal.[83]

4. CONCLUSÃO

Quando se fala em uma teoria geral do processo, não se pretende que todos os institutos tenham exatamente a mesma fisionomia, em qualquer das espécies de processo. Examinaram-se, aqui, três elementos tidos como muito importantes para a caracterização de um processo: existência de uma *lide*, a imparcialidade do juiz e a coisa julgada.

Acerca da existência da lide, apurou-se que, na verdade, não existe no processo penal e ocorre apenas eventualmente no processo administrativo, ao passo

83. "A coisa julgada não é instituto exclusivo do processo civil: opera em todo e qualquer tipo de processo, inclusive no penal" (José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual,* 9ª Série, p. 262). Anote-se, entretanto, que provavelmente não pensou ele em incluir o processo administrativo em seu raciocínio, mesmo porque trata do problema da chamada "relativização" (aspas do autor) da coisa julgada e argumenta que, se possível "relativizar" a coisa julgada civil, isso também deve ocorrer com a coisa julgada penal. Isso é, registre-se, contrário ao que aqui se afirma, pois a conclusão é a de que coisa julgada pode ter características diferentes no processo civil, penal ou administrativo, e a "relativização", no processo administrativo, é perfeitamente possível, em dadas hipóteses, como em outras, no processo penal, desde que em benefício do réu.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION256 256 4/10/2007 14:39:25

que no processo civil sua ocorrência não é indispensável. Essa ampla variedade decorre do fato de que é um dado sociológico, não jurídico, que serve, sem dúvida, para explicar grande parte da atuação jurisdicional sob o ponto de vista do interesse privado, dos que buscam a tutela estatal, mas que não pode ser utilizada como pólo metodológico do estudo do processo, seja porque não é um dado jurídico, seja porque – principalmente – é um elemento privatista, pois enxerga um fenômeno de direito público, o processo, simplesmente pelo ponto de vista das partes. Dessa forma, o fato de não haver lide em processo penal, existir eventualmente no processo administrativo e ser generalizada, mas não essencial, no processo civil, não é suficiente para recusar o trato das três espécies de processo em uma teoria geral.

A respeito da coisa julgada administrativa, apurou-se que, de um lado, tem feição bem diversa da coisa julgada no processo civil e da coisa julgada no processo penal. Entretanto, a par dessas diferenças acidentais, demonstrou-se que sua natureza é idêntica, nas três espécies, havendo a possibilidade de transito em julgado definitivo de decisões administrativas, inclusive impossibilitando controle jurisdicional desse ato, em algumas hipóteses. Certo que estas hipóteses são mais restritas que no processo penal e mais ainda que no processo civil, mas isso apenas indica, reitere-se, que a natureza é a mesma, variando aspectos acidentais.

Interessa, ainda, mencionar uma diferença muito interessante entre a decisão final no processo administrativo e no processo penal e civil: o que é mais importante no primeiro deles não é o dispositivo, mas a fundamentação[84], como se viu no final do item anterior. Além disso, como consta do item tocante à independência do juiz administrativo, o controle de suas decisões se faz exatamente pelo controle dos motivos do ato, que espelham qualquer desvio da finalidade pública que, de um lado, tem que inspirar a prática do ato administrativo final, e, de outro, serve como parâmetro para que possa o juiz administrativo atuar livremente, ou seja, com independência, atendendo, assim, à garantia de igualdade e, consequentemente, ao devido processo legal.

Essa importância da motivação no processo administrativo, além de justificar a diferença de tratamento entre institutos fundamentais do processo, diferença essa que não é grande o suficiente para impedir um raciocínio comum dos três tipos de processo, como sendo modos de atuar o poder estatal, é um pólo

84. A motivação, que é um dos princípios do processo administrativo, tanto é importante que se relaciona com todos os outros princípios, e tem especial relevância no raciocínio sobre o processo administrativo. Sobre esse relacionamento, veja-se a Parte I, Capítulo 2, da tese já referida (*Aproximação entre Processo Judicial e Administrativo:* um enfoque sobre o procedimento e a motivação, FADUSP, 2006).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION257 257 4/10/2007 14:39:25

metodológico muito interessante para raciocínio a respeito do processo administrativo, especialmente no trato da questão das provas e dos elementos considerados pelo administrador na prática do ato, tanto em benefício da sociedade – que pode, com isso, efetuar controle aprofundado do ato – como do próprio servidor responsável, uma vez que poderá justificar a prática de seus atos com fundamento em provas colhidas segundo o devido processo legal e constantes dos autos do processo administrativo. Ademais, de volta à garantia da sociedade, isso torna fácil concluir pela improbidade do administrador nos atos em que deixa de fundamentar sua decisão com base nos elementos recolhidos no processo administrativo, ao passo que, de volta ao ângulo do administrador, a existência desses elementos, documentados nos autos, serve a ele como defesa em eventual acusação de improbidade.[85]

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de Direito Administrativo, Coimbra, Almedina,* 2004;

ARAÚJO, Edmir Netto de – *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo, Saraiva, 2005;

ARRUDA ALVIM – *Manual de Direito Processual Civil,* vol. 2, São Paulo, RT, 2003;

ASSIS, Araken de – Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos, *in: Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo,* São Paulo, RT, 2001;

ATALIBA, Geraldo e Rubens Gomes de Sousa – *Elementos de Direito Tributário,* coord. Geraldo Ataliba, São Paulo, RT, 1978;

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe – *Processo Administrativo Disciplinar,* São Paulo, Max Limonad, 2003;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo, Malheiros, 2001;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos – Alguns problemas atuais da prova civil e A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, *in: Temas de Direito Processual,* 4ª série, São Paulo, Saraiva, 1989;

_____. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material, *in: Temas de Direito Processual,* 9ª Série, São Paulo, Saraiva, 2007;

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *Temas de Direito Processual,* 7ª Série, São Paulo, Saraiva, 2001;

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, *in: Temas de Direito Processual,* Terceira Série, São Paulo, Saraiva, 1984;

85. Aliás, a improbidade não se confunde com erro de julgamento, seja a respeito de questões de fato, seja sobre a aplicação desses fatos ao direito. Isso é a demonstração de que a fundamentação do ato administrativo, em processo regular, é garantia que serve aos particulares interessados, à administração e ao servidor responsável.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION258 258 4/10/2007 14:39:25

BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Efetividade do Processo e Técnica Processual,* São Paulo, Malheiros, 2006;

CARMONA, Carlos Alberto – *Arbitragem e Processo,* São Paulo, Atlas, 2004;

_____. Arbitragem e jurisdição, *in: Revista de Processo* n. 58,

CARVALHO, Iuri Matos de – Do impedimento e suspeição no processo administrativo, *in: Comentário à Lei Federal de Processo Administrativo,* coord. Lucia Valle Figueiredo, Belo Horizonte, Forum, 2004;

CASSAGNE, Juan Carlos – *Derecho Administrativo,* vol. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002;

CHIOVENDA, Giuseppe – *Instituições de Direito Processual Civil,* trad. J. Guimarães Menegali, São Paulo, Saraiva, 1965;

COSTA, José Marcelo Ferreira – O conteúdo semântico do processo e do procedimento no direito administrativo brasileiro, *Processo Civil – aspectos relevantes; estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Jr.,* vol. 2, coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte, São Paulo, Método, 2007;

CRETELLA JR., José – *Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro,* Forense, 1994;

DALLARI, Dalmo de Abreu – *O Poder dos Juízes,* São Paulo, Saraiva, 1996;

DALLARI, Adilson Abreu e Sérgio Ferraz – *Processo Administrativo.* São Paulo, Malheiros, 2003

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo,* São Paulo, Atlas, 2001;

DINAMARCO, Cândido Rangel – Direito e processo, *in: Fundamentos do Processo Civil Moderno,* tomo I, São Paulo, Malheiros, 2000;

_____. Parecer fornecido à Eucatex S/A., por encomenda do Advogado José Eduardo Rangel de Alckmin, gentilmente cedido pelo autor;

_____. *A Instrumentalidade do Processo,* São Paulo, Malheiros, 1994;

DUARTE, David – *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório,* Coimbra, Almedina, 1996;

FERRAZ, Sérgio e Adilson Abreu Dallari – *Processo Administrativo,* São Paulo, Malheiros, 2003;

FERRAZ, Sérgio – Processo administrativo: prazos e preclusões, *in: As Leis do Processo Administrativo,* coord. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz, São Paulo, Malheiros/SBDP, 2000;

FRANCO, Fernão Borba – Aproximação Entre Processo Judicial e Administrativo: um enfoque sobre o procedimento e a motivação, tese de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006;

FREITAS, Juarez – Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e o dever de motivação dos atos administrativos, *As Leis do Processo Administrativo,* coord. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz, São Paulo, Malheiros/SBDP, 2000;

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION259 259 4/10/2007 14:39:25

GRINOVER, Ada Pellegrini – Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada, *in: O Processo: estudos e pareceres,* São Paulo, DPJ, 2005;

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco – *Teoria Geral do Processo,* São Paulo, Malheiros, 2003;

LIEBMAN, Enrico Tullio – *Eficácia e Autoridade da Sentença,* trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Rio de Janeiro, Forense, 1945;

MEDAUAR, Odete – *A Processualidade no Direito Administrativo,* São Paulo, RT, 1993;

_____. *Controle da Administração Pública,* São Paulo, RT, 1993;

MORAES, Alexandre de – *Direito Constitucional Administrativo,* São Paulo, Atlas, 2002;

MORELLO, Augusto – Limites razonables de la cosa juzgada y eficacia de la jurisdicción, *in: La Eficacia del Proceso,* Buenos Aires, Hammurabi, 2001;

NALINI, José Renato – *O Juiz e o Acesso à Justiça,* São Paulo, RT, 1994;

NERY JR., Nelson – *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,* São Paulo, RT, 2004;

PÉREZ, Jesús González – Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica, *in: La Justicia Administrativa en Iberoamérica,* em cooperação com Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005;

PORTA, Marcos, – *Processo Administrativo e Devido Processo Legal,* São Paulo, Quartier Latin, 2003;

RICCI, Gian Franco – *Principi di Diritto Processuale Generale,* Torino, G. Giappichelli Editore, 1998;

SCARPINELLA BUENO, Cassio – *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil,* vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2007;

SILVA, Ovídio A. Baptista da – *Curso de Processo Civil,* São Paulo, RT, 1998;

SIMÕES, Mônica Martins Toscano – *O Processo Administrativo e a Invalidação dos Atos Viciados,* São Paulo, Malheiros, 2004;

SOUSA, Rubens Gomes de e Geraldo Ataliba – *Elementos de Direito Tributário,* coord. Geraldo Ataliba, São Paulo, RT, 1978;

SUNDFELD, Carlos Ari – Processo e procedimento administrativo no Brasil, *in: As Leis do Processo Administrativo,* coord. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz, São Paulo, Malheiros/SBDP, 2000;

TALAMINI, Daniele – *Revogação do Ato Administrativo,* São Paulo, Malheiros, 2002;

TALAMINI, Eduardo – *Coisa Julgada e sua Revisão,* São Paulo, RT, 2005;

TUCCI, Rogério Lauria – *Teoria do Direito Processual Penal,* São Paulo, RT, 2003;

WATANABE, Kazuo – *Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança Contra Atos Judiciais,* São Paulo, RT, 1980;

XAVIER, Alberto – *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário,* Rio de Janeiro, Forense, 2005.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION260 260 4/10/2007 14:39:25

CAPÍTULO XII

ENSAIO SOBRE O PROCESSO
COMO DISCIPLINA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ESTATAL

Floriano de Azevedo Marques Neto*

Sumário: I. Introdução – II. Alargando a teoria geral do processo – III. A existência de uma teoria geral a todos os processos e seus princípios comuns: III.a. O contraditório; III.b. A publicidade; III.c. A eqüidistância de interesses; III.d. A lealdade e boa-fé; III.e. A instrumentalidade; III.f. A pluralidade de instâncias – IV. Conclusão – V. Referências bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

1. O objetivo deste texto é um pouco mais do que situar o processo administrativo dentro da teoria geral do processo, entendida não apenas como a teoria geral do processo jurisdicional, mas como um tronco comum que une toda a processualização da atividade estatal, nas suas vertentes judicial, administrativa e mesmo legislativa. Pretendo fazê-lo, porém, defendendo o fundamento constitucional deste ramo comum e a importância que tem o processo como um mecanismo a um só tempo apto a proteger o sujeito (parte das distintas relações jurídicas que trava volitivamente ou não com o Estado) em face da atuação estatal e, de outro lado, capaz de permitir que a sociedade (todo orgânico) controle a atuação deste Estado. Em uma palavra, pretendo situar o processo como decorrência e pressuposto do Estado Democrático de Direito.

2. Para tanto, cumprirei o seguinte itinerário. Primeiro, pretendo abordar as bases do meu entendimento de que existe um campo comum a toda a processualização da atividade estatal (que designo, por falta de inspiração e da ocorrência de um termo melhor, de *teoria geral do processo de exercício do poder estatal*). Em seguida, enunciarei alguns dos princípios que, a meu ver, residem neste núcleo essencial da teoria geral do processo em sentido amplo.

3. Antes de iniciar a exposição dos meus pontos de vista, uma nota deve ser feita. Não pretendo aqui elaborar um texto de profundidade e densidade teórica.

(*) Advogado. Doutor pela USP; Professor-Doutor do Departamento de Direito Público e do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION261 261 4/10/2007 14:39:26

Menos que uma peça doutrinária, verá o leitor tratar-se, como já anunciado no título, de uma contribuição ensaística. Por não ser o autor um processualista, não espere o leitor uma contribuição com a robustez dos demais textos que compõem esta obra. Muitos dos fundamentos teóricos de que me sirvo são emprestados de importantes contribuições de autores que se dedicaram, antes e melhor, ao tema[1]. Neste mesmo livro se poderá encontrar trabalho de muito maior fôlego e reflexão, onde boa parte dos conceitos foram amiudados à exaustão[2]. Peço, pois, a compreensão com as teses de um administrativista, caçula neste maravilhoso mundo do processo, mas convicto de que o Direito Administrativo ainda carece de um choque radical de processualidade.

II. ALARGANDO A TEORIA GERAL DO PROCESSO

4. Demonstrar a existência de uma *teoria geral do processo de exercício do poder estatal* obriga que reflitamos um pouco sobre a clássica tripartição de poderes. Acostumamo-nos a tratar a separação das funções estatais nos três poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como se houvesse três manifestações estatais distintas. De pronto vale lembrar (algo sempre necessário diante do fato de que muita vez nos pegamos imaginando haver exclusividade das funções de julgar, legislar e concretizar a vontade estatal respectivamente no Judiciário, Legislativo e Executivo) que os poderes exercem funções que não lhes são típicas[3], não como atividades meramente de apoio ou secundárias, mas

1. Muitas obras recentes se dedicaram ao assunto. Entre nós, merece citação entre tantos outros o trabalho monográfico precursor de Odete MEDAUAR, *"A Processualidade no Direito Administrativo"* (São Paulo, RT, 1993), o precoce, mas merecidamente clássico livro de Egon Bockmann MOREIRA *"Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei nº 9.784/99"* (São Paulo, Malheiros, 2000), os artigos de Lúcia Valle FIGUEIREDO *"Estado de Direito e Devido Processo Legal"* (RTDP, volume 15, páginas 35 a 44) e Carlos Ari SUNDFELD *"A Importância do Procedimento Administrativo"* (RDP, volume 84, páginas 64 a 74), além das coletâneas *"Processo Administrativo – Questões Atuais"* (Odete MEDAUAR, Org., São Paulo, Cultural Paulista, 1998), *"As Leis de Processo Administrativo – Lei Federal nº 9.784/99 e Lei Paulista nº 10.177/98"* (Carlos Ari SUNDFELD, Org., São Paulo, Malheiros-SBDP, 2000) e *"Devido Processo Legal na Administração Pública"* (Lúcia Valle FIGUEIREDO, Org., São Paulo, Malheiros, 2001). No direito estrangeiro, além das relevantes contribuições dos tratados e manuais, cito Carlos CASSAGNE *"La Justicia Administrativa in Iberamérica"* (Buenos Aires, Nexis, 2005), em especial o texto de Jesús González PÉREZ, *"Hacia um Código Processal Administrativo Modelo para Iberamérica"*, e David DUARTE *"Procedimentalização, Participação e Fundamentação"* (Coimbra, Almedina, 1996).
2. Ver o trabalho de Fernão Borba FRANCO, *"Processo Administrativo, Teoria Geral do Processo, Imparcialidade e Coisa Julgada"*, integrante desta coletânea.
3. O Judiciário edita normas (os Regimentos Internos dos Tribunais são um exemplo claro) e pratica atividade administrativa (não apenas como atividade meio – licitações e contratos, *v.g.* – mas mesmo como atividade fim, como demonstra a atividade de regulação dos Cartórios de Notas e Registros, conforme o artigo 236, § 1º da CF); o Executivo edita atos de caráter normativo (regulamentares – CF, artigo 84, IV, entre outros – e autônomos – CF, artigo 84, VI, e o seu Chefe é parte integrante do processo legislativo – CF, artigo 84, III, IV e V) e decide lides e conflitos (como deixa ver o artigo 5º, LV, CF, ao qual voltaremos adiante); o Legislativo exerce atividade própria do Judiciário (como a atividade investigativa reservada às

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION262 262 4/10/2007 14:39:26

como atividades constitucionalmente reservadas como próprias. Para além disso, contudo, temos que ter em mente que o poder estatal é uno, derivado da soberania popular (CF, artigo 1º, Parágrafo único) e que a separação entre os poderes (CF, artigo 2º) se dá sobre dois vetores, quais sejam, independência e harmonia. Porém, longe está a Constituição de tratar como estanques as funções judicial, legislativa e executiva[4]. Muito ao contrário, o corolário da harmonia entre Poderes se reflete em vários processos em que ora a atuação de um poder depende da atuação de outro, ora porque o processo de um dos poderes será integrado pela participação do outro.

4.1. No sistema do direito legislado (*"statute law"*), como o sistema de legado romanístico ao qual nos filiamos, a atuação do juiz é conseqüência de prévia manifestação do legislador. Subseqüentemente, a efetividade da decisão judicial não prescindirá, no limite, da atuação do Poder Executivo, já que no nosso sistema é ele quem maneja a força (policial ou militar)[5]. Peguemos o exemplo clássico da jurisdição penal. A aplicação da pena pressupõe manifestação prévia do legislador (CF, artigo 5º, XXXIX) e, após a manifestação judicial condenatória, será executada sob os auspícios carcerários do Executivo.

4.2. Veja-se o exemplo da formulação e execução de políticas públicas. Estas são inviáveis sem a participação articulada ao menos dos poderes Legislativo e Executivo. De fato, a meu ver, o principal instrumento de política pública é o Orçamento, documento em que, anualmente, se elegem quais os provimentos estatais, qual o público beneficiário e qual parcela da sociedade assumirá os custos deste provimento (decisões centrais de políticas públicas). E a definição (CF, artigo 48, II e artigo 84, XXIII, bem como as ressalvas do artigo 68, § 1º, III) e a execução (CF, artigo 74, I) do orçamento só podem ser feitas com a atuação integrada dos poderes Legislativo e Executivo.

4.3. Tomemos agora aquela que talvez seja a mais típica das funções administrativas, atividade em essência do poder Executivo: o poder de polícia. Ora, o poder de polícia só pode ser entendido como uma manifestação complexa do Legislativo e do Executivo, que se inicia com a constrição legal da liberdade do indivíduo e segue com a sua implementação mediante providências tipicamente executivas, inclusive com os traços de auto-executoriedade e exigibilidade.

Comissões Parlamentares de Inquérito, CF, artigo 58, § 3º) e atividade tipicamente administrativa (como a outorga de concessões de radiodifusão, conforme o artigo 49, XII da CF).

4. Prefiro usar o termo *executiva* por entender que a função do Poder Executivo transcende as clássicas funções administrativas.

5. Mesmo a chamada *"polícia judiciária"* só o é no nome, pois, embora sujeita à correição judicial, se situa organicamente dentro da estrutura do Executivo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION263 263 4/10/2007 14:39:26

Como assenta a melhor doutrina, *"o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público"*[6]. Veja-se que se trata de atividade do Estado e não apenas da Administração ou do Executivo, o que leva, como aponta Odete MEDAUAR, a que alguns autores vejam no poder de polícia atividade tipicamente do Legislativo[7]. Nem atividade exclusiva do Executivo, nem do Legislativo, o poder de polícia é manifestação do poder estatal que demanda providência de vários dos Poderes[8].

5. Digo tudo isso para demarcar a nota essencial: o poder estatal, nas suas mais diversas formas e manifestações, demanda alguma constrição dos direitos e liberdades individuais. Isso, essa constrição, não é um bem em si mesmo. É uma providência excepcional, que o titular desse poder (o soberano, *v.g.* os indivíduos que compõem o povo brasileiro) admite (outorgando poderes ao Estado) se e porque ela se justifica para permitir a vida em sociedade e o convívio mais harmônico e próspero no âmbito da nação. O Estado, e o poder que lhe é conferido, não são um fim em si mesmo. São uma contingência da vida em sociedade. Daí que o Estado, o nosso Estado configurado sob o pálio da Constituição de 1988, só será Estado se for democrático e de direito. E não o será se as garantias e proteções do cidadão forem lasseadas, flexibilizadas, mitigadas para permitir o melhor funcionamento do aparelho estatal.

6. O poder estatal é uno, embora contemple várias distintas manifestações. Distintas não em virtude das três funções atribuídas a cada um dos Poderes. Tais manifestações são diferentes dentro mesmo de cada uma das funções cometidas aos poderes. Não existe apenas uma manifestação legislativa, uma só espécie de função jurisdicional, muito menos uma função administrativa única. O seu caráter essencialmente instrumental do processo faz com que as diferentes suas espécies (e, no mais das vezes, os ritos, princípios e condições a ele inerentes) variem conforme o tipo de relação jurídica e o objetivo de direito material envolvidos em cada manifestação do poder estatal.

7. Tenho como certo, portanto, que o poder estatal é uno e se manifesta de diferentes formas. A tripartição de poderes não importa, portanto, em uma divisão funcional do poder estatal, mas apenas na obrigatoriedade de que o poder

---

6. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *"Direito Administrativo",* 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, página 104.
7. *"Há autores, como o argentino Escola, que, inspirados no direito norte americano, vêem o poder de polícia como atividade do Poder Legislativo; na verdade, as limitações ao exercício de direitos devem ter base legal e muitas vezes a Administração atua no estrito cumprimento da lei."* (Odete MEDAUAR, *"Direito Administrativo Moderno",* 11ª edição, São Paulo, RT, 2007, página 334).
8. Inclusive do Poder Judiciário, quando o alcance da providência de polícia for de tal ordem que a auto-executoriedade não seja suficiente para autorizar à Administração a sua adoção, demandando ordem judicial.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION264 264 4/10/2007 14:39:26

estatal seja escalonado em momentos, em fases distintas, alocadas cada qual em um núcleo orgânico diferente. É dizer, no devir da manifestação do poder estatal[9], a tripartição de poderes obriga que haja um encadeamento temporal de funções, de modo a que a manifestação geral e abstrata (função legislativa) seja pressuposto antecedente da manifestação do poder estatal, a manifestação concreta, geral ou específica (função judiciária), seja sempre a ela subseqüente[10] e a função de implementação seja a ela subsidiária[11], é dizer, prestante a concretizar as manifestações abstratas do Legislativo ou do Judiciário. A tripartição de poderes impõe, portanto, um encadeamento de funções para legitimar as diferentes manifestações do poder estatal, nas suas variadas formas[12].

7.1. A satisfação das necessidades fiscais do Estado pressupõe uma manifestação legislativa[13] (movimentação do processo legislativo), sucedida por uma manifestação administrativa (lançamento fiscal pressupondo processo administrativo fiscal) e, quando frustrado no caso concreto de um contribuinte, ensejará manifestação judicial para satisfação do crédito tributário (processo judicial de execução fiscal).

7.2. Com a intervenção estatal sobre a propriedade ocorre o mesmo. Veja-se o poder expropriatório. O processo de desapropriação pressupõe uma manifestação legislativa[14], providências administrativas e só se concluirá (caso não haja acordo quanto ao preço) com uma manifestação judicial.

8. Outros tantos exemplos poderiam ser lembrados. O que importa marcar aqui é que o manejo do poder estatal pressupõe a observância de métodos

9. Cf. Carlos Ari SUNDFELD, *"Fundamentos de Direito Público"*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996, página 43.
10. Ressalvadas hipóteses muito pontuais como a inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção em que o Judiciário se manifesta antes – e em virtude – da manifestação do Legislativo.
11. É sim um caráter subsidiário, num sentido residual, pois a atuação administrativa, pelo seu dado de intervenção concreta, impõe um dever de agir que muita vez leva ao desbordamento para o exercício de funções típicas do Legislativo ou do Judiciário, uma vez que de certa forma estas outras funções pressupõem alguma provocação. Esse caráter subsidiário da atuação do Executivo é que enseja as discussões em torno dos limites do seu poder normativo e dos limites da atuação policial na fase de investigação criminal.
12. *"A processualidade está associada ao exercício do poder. O poder é, por si próprio, autoritário. No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade no processo preordenado. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído."* (Odete MEDAUAR, *"Direito Administrativo Moderno"*, 11ª edição, São Paulo, RT, 2007, página 163).
13. Legalidade tributária estrita (CF, artigo 150, I).
14. Vários dispositivos constitucionais o impõem: em geral o artigo 5º, XXIV, CF. Para a desapropriação especial urbana, o artigo 182, § 4º, e para a desapropriação para fins de reforma agrária, o artigo 184, § 4º. Nos dois últimos casos exige-se lei específica.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION265 265 4/10/2007 14:39:27

específicos, métodos que muita vez articulam distintos processos encadeados. Como o poder estatal não é uma faculdade, uma capacidade posta a mercê do agente episodicamente seu detentor, e sim um dever de exercício no cumprimento estrito da finalidade à qual se destina, o Estado Democrático de Direito obriga que, para exercício deste poder (de forma singular ou colegiada, de modo isolado ou complexo), seja estritamente observado o método predicado para tal mister. Na medida em que o indivíduo, o cidadão, é sempre afetado, direta ou indiretamente, pela manifestação do poder estatal, estabelece-se uma relação de sujeição permanente daquele em relação a este. Esta relação de sujeição impõe o estabelecimento de requisitos para sua manifestação em concreto. Sempre que essa sujeição em abstrato se traduz em sujeição concreta (ou seja, sempre que de alguma forma o indivíduo é afetado pela manifestação do poder estatal), impõe-se o estabelecimento da relação jurídico-processual, que observará a prescrição de ritos, princípios e condições – em uma palavra, o método – estatuídos para aquela específica atuação estatal.

9. Aqui chegamos ao *dever processual da atuação estatal*. O processo é o modo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, se exerce o poder estatal com vistas a cumprir alguma das atribuições reservadas pela Constituição ao ente Estado. Digo no Estado Democrático de Direito, pois neste, ao contrário do que ocorre nos Estados totalitários ou autoritários, a manifestação do poder estatal não se dá por sobre ou ao largo dos interesses dos indivíduos. Ao contrário, exercita-se considerando tais interesses e se permeando a eles, de modo a franquear ao administrado a participação, o acompanhamento e a contradição ao agir estatal. Se no Estado não democrático o que importa é a manifestação concreta do poder (o ato administrativo, por exemplo), no Estado de Direito importa também o modo (percurso, motivação, publicidade) pelo qual o poder se manifesta. Segue, então, o deslocamento da manifestação estatal do ato (decisão) para o método (processo)[15]. Processo, assim, que vai além da mera sucessão ordenada

15. Esse deslocamento do ato para o processo não é exclusivo do direito administrativo, embora neste campo seja mais recente. Antes da era moderna, a própria atividade legislativa era manifestada por meio de atos, prescindindo do processo legislativo, como dão notícia os Éditos e as Ordenações do Reino. Na atividade judicial, o mesmo ocorria com a solução dos conflitos que era simples decisão do soberano. Na atividade administrativa, talvez por ter sido (ou seguir sendo, conforme o ângulo de mirada) o último bastião do autoritarismo, a passagem é mais lenta e recente. Sobre esse ponto, perfeita a síntese de Odete MEDAUAR: "Na concepção atual, o processo administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo. Além disso, propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, permitindo verificar, por conseguinte, como se realiza a tomada de decisões; e assim contribui para conferir-lhe maior grau de objetividade. Como contraponto à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu 'formar-se' e nos seus vínculos instrumentais." (cf. "O Direito Administrativo em Evolução", 2ª edição, São Paulo, RT, 2003, página 224).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION266 266 4/10/2007 14:39:27

entre atos que determinam sua progressão (procedimento), mas que se assume como uma relação jurídica progressiva, da qual farão parte não apenas os agentes estatais competentes para agir, mas os diferentes (e por vezes multiplamente contrapostos) interesses tangidos por essa ação.

10. O processo é entendido como relação jurídica, na qual várias pessoas (Estado – em seus múltiplos órgãos – indivíduos, instituições) atuam exercendo a função que lhes foi reservada pelo Direito. Como ensina Egon Bockmann MOREIRA, a relação processual se traduz na ligação entre pessoas que se desdobra no tempo *"através da prática de série lógica e autônoma de atos"* como *"requisito preliminar ao ato final visado pelos sujeitos da relação"*[16].

Dito de modo outro, o processo *"é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento). A sua dialética reside precisamente no funcionamento conjugado dessas posições jurídicas e desses atos e fatos, pois o que acontece na experiência concreta do processo é que de um fato nasce sempre uma posição jurídica, com fundamento na qual outro ato do processo é praticado, nascendo daí nova posição jurídica, a qual por sua vez enseja novo ato, e assim até o ato final do procedimento"*[17].

11. Nesta acepção de processo como relação jurídica, que adoto, a manifestação do poder estatal que se dá por uma complexa inter-relação de poderes, competências (deveres), faculdades e sujeições, no qual distintos agentes exercem cada qual sua função e concorrem para o atingimento de um fim colimado (coincidente ou não com os interesses dos agentes nele atuantes) é o meio reservado pelo direito para legitimar a ação estatal. Neste sentido, *"*[p]*rocesso é conceito que transcende o direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo)"*[18]. Não é por outro motivo que a Constituição faz referência no seu texto a processo judicial (artigo 5º, LV e LXXII, b; artigo 93, XV), a processo legislativo (artigo 59; artigo 84, III) e a processo administrativo (artigo 5º LV e LXXXII, b; artigo 41, II), além de fazer referência a outras modalidades de processo envolvendo a manifestação de poder estatal como o processo parlamentar (artigo 51, I) e o processo no Ministério Público (artigo 129, § 5º).

16. Egon Bockmann MOREIRA, op. cit., página 52.
17. Antônio Carlos de ARAÚJO CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, "Teoria Geral do Processo", 23ª edição, São Paulo, RT, 2007, página 302.
18. ARAÚJO CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, op. cit., página 296.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION267 267 4/10/2007 14:39:27

12. O processo é, portanto, o meio que o Estado Democrático de Direito impõe para o exercício do poder estatal em qualquer de suas formas de manifestação. A chave, assim, está na locução devido processo legal. Para cada modo e objetivo de incidência do poder extroverso estatal, há de haver um devido processo previsto em lei, cuja estrita observância é condição não só de legitimidade, mas de validade da manifestação concreta do poder[19]. Embora sejam vários os possíveis *"devidos processos legais"* (tantas quantas forem as manifestações do poder estatal previstas em lei), variando em diversos regimes processuais, há um tronco comum, um vínculo único que os ligará naquilo que estou a chamar de teoria geral do processo alargada.

13. Certo é que quando se fala em *Teoria Geral do Processo* a doutrina está a se referir ao tronco comum que une todas as espécies de processo jurisdicional[20]. Isso decorre do fato de que, por muito tempo, associava-se processo apenas à manifestação judicial do Estado. É ainda forte entre nós a associação entre processo e jurisdição[21]. Contudo, como demonstrarei no tópico seguinte, hoje não faz mais sentido sustentar a exclusividade do processo ao âmbito judiciário, especialmente à luz do imperativo constitucional do processo administrativo.

Tenho como certo, portanto, que é tempo da doutrina alargar a concepção de uma teoria geral do processo para compreender o mínimo denominador comum que une a essência da processualidade na atuação estatal. Como ensina do alto de sua autoridade Cândido Rangel DINAMARCO, *"teoria geral do processo é, nessa perspectiva, um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados individualmente a partir do confronto*

19. Embora no direito alemão o termo verfahren sirva para designar tanto método como processo ou procedimento (daí por que entre nós muita vez se traduz Verfahrengesetz como Lei de Processo Administrativo), no direito alemão colhemos lição perfeita para caracterizar essa múltipla variação de processos (ou procedimentos) dentro do gênero processual. É o que lemos em Hartmudt MAURER: "Processo [verfaheren] administrativo em sentido amplo é cada atividade da autoridade administrativa dirigida à promulgação de uma decisão, à execução de uma outra medida ou à conclusão de um contrato. Uma determinação tão ampla compreende (...) um grande número de procedimentos [processos] administrativos diferentes que, segundo sua peculiaridade respectiva, novamente exigem regulações diferentes, ainda que se mostrem também certas comunidades contíguas." (cf. "Direito Administrativo Geral", São Paulo, Manole, 2006, página 529).
20. Isso explica não ser incomum numa análise mais apressada se dizer que teoria geral do processo só se refere aos processos judiciais. Se é fato que a construção teórica existente nesta seara se preocupa em identificar os princípios e garantias próprios a todos os processos judiciais, isso não importa interditar uma busca de uma teoria mais ampla, que compreenda todos os processos reitores da atividade estatal.
21. Tão forte que mesmo a Constituição de 1988, que rompeu com essa vinculação exclusiva do processo à jurisdição, por inúmeras vezes usa o substantivo processo como designação para se referir a processo judicial. Veja-se a título de exemplo os seguintes dispositivos, todos da CF: artigo 24, X; artigo 53, § 5º; artigo 93, XV; artigo 95, Parágrafo único, II; artigo 96, I, a; artigo 103, § 1º; artigo 103B, § 1º, § 4º, VI e § 5º; artigo 107, § 3º; artigo 115, § 2º e ainda artigo 125, § 6º.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION268 268 4/10/2007 14:39:27

dos diversos ramos do direito processual"[22]. Trata-se de buscar a identidade entre os diferentes processos da mesma forma como a Teoria Geral do Processo fez na segunda metade do século passado ao identificar os pontos comuns que unem o processo civil, o processo penal e, posteriormente, o processo trabalhista[23]. Isso sem descurar das diferenças que tornam específico cada processo ao molde das suas finalidades e das peculiaridades do tipo de manifestação estatal que regram.

14. Cuida-se, então, a um só tempo de reconhecer um tronco comum a todos os processos que os agentes estatais têm de seguir no manejo de suas competências e de buscar os princípios, condições e garantias gerais aplicáveis a todos estes processos. Este é o núcleo do que acima chamei de *teoria geral do processo de exercício do poder estatal*. Isso, repita-se, não permite desconhecer as diferenças procedimentais, ritualísticas e mesmo de princípios derivados (existência de princípios próprios ou adequação aplicativa dos princípios gerais) existentes entre as diferentes espécies de processos.

Diferenças que não se mostram apenas entre as três grandes linhas correspondentes aos três poderes (processo judicial, processo legislativo e processo administrativo). As diferenças entre os processos ligados por uma teoria geral são mais amplas na medida em que o processo judicial civil se distingue do penal, o processo legislativo iniciado por medida provisória é distinto do processo de emenda à Constituição e ainda o processo administrativo disciplinar muito pouco se aproxima do processo administrativo licitatório.

15. Para além de demarcar os vários matizes do processo (determinados pelos objetivos e especificidades de cada tipo de manifestação do poder estatal), é de se reconhecer que dentro de cada uma das três grandes linhas (judicial, legislativa, administrativa) há processos mais aproximados (em termos de ritos e de princípios próprios) de processos reservados a outro poder do que a processos inerentes ao mesmo poder. O processo administrativo sancionador[24] guarda mais proximidade com o processo judicial penal do que, por exemplo, com o processo

22. "A Instrumentalidade do Processo", 10ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002, página 69.
23. Nota interessante é que no prefácio à primeira edição do célebre "Teoria Geral do Processo" de ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, o Professor Luís Eulálio de Bueno Vidigal não deixava de marcar o estranhamento quanto à unificação, num ramo geral comum, do estudo do processo civil e do processo penal. Dizia à época "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 neste 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?" (op. cit., página 3).
24. Cf. José Garberí LLOBREGAT e Guadalupe Buitrón RAMÍREZ, "El Procedimiento Administrativo Sancionador", Valencia, Lo Blanch, 2001.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION269 269 4/10/2007 14:39:27

administrativo para vitaliciamento (CF, artigo 93, IV); o processo administrativo de caráter normativo é muito mais identificado com o processo legislativo do que com o processo de concurso público, o mesmo ocorrendo com o processo judicial no Supremo Tribunal Federal para edição de Súmulas Vinculantes (artigo 10, Lei nº 11.417/06). Outros tantos exemplos de semelhanças poderiam ser lembrados.

16. Qual seria, então, a utilidade dessa *teoria geral do processo de exercício do poder estatal?* Certamente não será meramente um esforço teórico, acadêmico. Há duas razões objetivas que justificam a construção desta doutrina. A primeira, que afeta a todos os processos, está em situar o processo no centro do controle da atividade estatal[25]. Tenho comigo que somente poderemos vencer nosso legado de Estado patrimonialista e autoritário[26] se conseguirmos disciplinar a ação estatal sujeitando-a à processualidade. A segunda razão diz mais respeito ao processo administrativo. Como vertente mais recente da processualidade ampla, é ele que mais padece da falta de acúmulo de regras, princípios e tradição processual. Ao identificar o tronco comum a unir todos os *processos de exercício do poder estatal,* resta mais fácil ao processo administrativo se aproveitar, por analogia ou aplicação direta, dos instrumentos existentes em outros campos mais maduros do processo.

25. "Em suma, o processo é instrumento de grande relevância para o controle do poder estatal. Tomando-se a expressão controle no sentido de fiscalização, o processo permite a verificação da regularidade dos atos decisórios. (...) Mas o processo também propicia o controle na acepção de determinação e influência sobre a conduta futura dos agentes estatais. Seja pela possibilidade de fiscalização posterior acerca da regularidade dos atos praticados, seja pelo dever de coerência com os atos passados, a evolução do processo elimina a prática dos atos abusivos." (Marçal JUSTEN FILHO, "Curso de Direito Administrativo", São Paulo, Saraiva, 2005, página 217).

26. Patrimonialismo e autoritarismo são fenômenos próximos, mas não coincidentes. O patrimonialismo tem por base a tendência de se tentar enquadrar o poder estatal como parte do acervo pessoal de quem o exerce, o que leva a se encarar o aparelho do Estado como um espólio a ser conquistado e titularizado individualmente. O autoritarismo, na concepção aqui adotada, parte de uma visão de prevalência absoluta da autoridade sobre o indivíduo, de construção da legitimação do poder em torno da autoridade e não da funcionalidade (utilidade) deste poder. Pode haver autoritarismo sem necessariamente haver patrimonialismo (hipótese dos regimes totalitários fundamentalistas). Mais difícil é existir o patrimonialismo sem traços autoritários. No entanto, assistimos no Brasil a permanência da concepção patrimonialista mesmo que abrandado o caráter autoritário. Veja-se, por exemplo, a apropriação do instituto da estabilidade do servidor público, algo concebido para reforçar a impessoalidade do poder e garantir estabilidade na gestão pública democrática e republicana (evitando a patrimonialização das carreiras públicas pelos governantes). Tão forte é nossa concepção patrimonial do Estado que rapidamente a estabilidade transformou-se em patrimônio individual do servidor a ponto de se sustentar o direito adquirido ao cargo público, independente deste ter uma função ou utilidade públicas. A combinação de patrimonialismo e autoritarismo, ainda forte na nossa cultura, lega-nos o pior dos mundos, pois, embora sejam dois irmãos siameses, tendemos a combater o patrimonialismo aumentando o autoritarismo, engendrando um processo que tende a reforçar a concepção patrimonial do Estado, apenas cambiando os beneficiários da apropriação patrimonialista: saem os governantes e seus áulicos e entram os integrantes das burocracias, legitimados pelo manejo autoritário do poder de combater a apropriação patrimonialista, pelos outros.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION270 270 4/10/2007 14:39:28

III. A EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL A TODOS OS PROCESSOS E SEUS PRINCÍPIOS COMUNS

17. O que seria, então, o núcleo dessa *teoria geral do processo de exercício do poder estatal*? Primeiro, temos a função do processo que a meu ver é comum a todos os campos de sua manifestação. Trata-se de regrar o exercício do poder estatal, fazendo-o se distinguir do mero exercício da vontade do agente e de permitir o envolvimento do indivíduo (cidadão, administrado, jurisdicionado) no exercício de atividade estatal. Em suma, o processo, em todas as suas acepções, cumpre esse duplo objetivo: servir de regramento para fundamentação e controle da decisão final (aplicação do poder extroverso em concreto) e, de outro lado, envolver o interessado[27] (é dizer, aquele que de alguma forma será alcançado pela manifestação de poder) na formação da decisão, de modo a que esta seja tomada com observância (não necessariamente aderência) à vontade daquele. Daí podermos dizer que o processo assegura mais objetividade, responsividade[28] e imparcialidade no exercício do poder (jurisdicional, administrativo e mesmo legislativo). Em suma, o processo é condição *sine qua non* para a legitimidade do exercício do poder num Estado Democrático de Direito[29].

18. Há quem critique esse alargamento da processualidade, guerreando especialmente contra a aplicação dos preceitos gerais do processo ao processo administrativo. Esta crítica respalda-se na preocupação de que a transposição da processualidade para o campo administrativo poderia privilegiar a forma em

27. Interessado aqui entendido num sentido amplo, como aquele que tem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão final a ser tomada mediante o processo. Certo deve estar que a noção de interesse variará conforme o processo. Nas três grandes linhas as quais me referi (processo legislativo, administrativo e judicial) temos que a noção de interesse se apresenta com âmbitos distintos. O interesse no processo legislativo é potencialmente amplíssimo, pois a decisão inerente a esse processo (ato normativo, geral e abstrato) por definição tem o condão de alcançar – ainda que diferentemente – a todos. O interesse no processo administrativo variará conforme a espécie de processo, mas tende a ser amplo na medida em que a função administrativa tende a ter reflexos gerais na sociedade. Já no processo jurisdicional, a regra é que o interesse alcance apenas aqueles envolvidos na lide. Processos há, contudo, que esse interesse é extremamente alargado, como ocorre nas ações em defesa de direitos difusos ou no processo judicial de controle concentrado de constitucionalidade.

28. O conceito de responsividade aqui empregado não se refere apenas à responsabilidade no tocante à decisão (no sentido de o agente ser passível de por ela ser responsabilizado). A responsividade implica em que o agente se preocupe com os efeitos e implicações da decisão e sinta-se comprometido em adotar a melhor medida possível para atingir a finalidade a que ela se presta buscando os efeitos menos traumáticos para aqueles que serão por ela atingidos. Neste sentido, ver, entre outros, Philippe NONET e Philip SELZNICK. "Toward Responsive Law - Law & Society in Transition", 2ª edição, New Brunswick, Transaction Publishers, 2005, páginas 73 e seguintes.

29. Ensina Cândido Rangel DINAMARCO: "A idéia de legitimação pelo procedimento é vitoriosa hoje, mesmo fora do campo jurisdicional, pelo que ela tem de expressivo do ponto-de-vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social. Seria arbitrário o poder ser exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo." (op. cit., página 159).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION271 271 4/10/2007 14:39:28

detrimento da função pública, obstando o perfeito cumprimento das finalidades da Administração. Esse raciocínio trai, de forma indisfarçável, o viés autoritário do Estado. Primeiro, por imaginar que o exercício da função administrativa pode se dar por sobre ou ao largo do administrado (pressupondo uma prevalência do *"público"* sobre o privado que a Constituição não estabelece a princípio[30]). Depois, por partir da idéia de que a forma é óbice ao conteúdo quando na verdade o processo formal (devido, nos termos da lei) concorre para tornar a decisão mais adequada, motivada, proporcional e executável: em uma palavra, torna a atuação administrativa mais eficiente e não menos. A processualidade não torna a atuação da Administração Pública mais burocrática ou dificultosa. Torna, isso sim, mais disciplinada a atividade do aparelho burocrático, seja porque reduz a margem de liberdade do agente público para decidir exclusivamente conforme seu alvedrio, seja porque impõe ritos e procedimentos sem os quais haveria só poder.

Há uma preocupação muito grande com essa falsa oposição entre *"eficiência"* e processo, o que tem levado, na esfera administrativa, civil e mesmo penal, a uma série de *"flexibilizações"* de ritos e princípios, *"agilizando"* o processo. Para além de crer que esta oposição não é sustentável (pois o processo eficiente não é o que chega rápido a uma decisão, mas sim o que permite a tomada da melhor decisão e com respeito às garantias individuais), deve-se atentar para o risco dessa tendência. Em verdade, ela baralha propositadamente os interesses gerais da sociedade (eficiência na máquina jurisdicional e administrativa especialmente) com os interesses das corporações encarregadas de prover estas decisões (aumento do poder e maior facilidade para a ação)[31].

19. Pois bem. Há um tronco comum que une toda a diferente gama de processos a que se submete a atuação estatal. Cumpre, então, apresentar quais são

30. Lembremos: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." (CF, artigo 5º, LIV).

31. Há mais de trinta anos, analisando a experiência européia e especialmente a alemã, Claus OFFE vaticinava com perfeição de raciocínio: "A eficiência não é aqui definida pelo respeito às regras e sim pela realização de funções e pela tentativa de provocar efeitos. Sob o ponto de vista do ordenamento de suas tarefas concretas, a administração precisa organizar de forma variável seus próprios inputs e premissas. Ela é eficiente na medida em que o faz com êxito. As premissas da ação administrativa não são mais regras que precisam ser seguidas sem restrições, e sim recursos avaliados do ponto de vista de sua adequação para certas tarefas. Isso vale também para normas jurídicas. Instituições públicas como o 'Bundeskriminalamt' (polícia federal), a administração comunal das grandes cidades, a administração do trabalho e outras, impõem literalmente às corporações do Estado central parlamentar uma interpretação de seus problemas, segundo a qual a realização de suas tarefas torna necessária a ampliação e a reforma de seu espaço legal de ação." (Cf. "Problemas Estruturais do Estado Capitalista", Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984, página 221). A legitimidade da atuação do aparelho estatal passa a não depender da observância dos requisitos legais e constitucionais, mas do empirismo de suas ações: enquanto a sociedade entender que está dando resultado, pouco importando as violações dos direitos individuais, a atuação seguirá legitimada. A médio prazo o resultado disso é um reforço da autoridade e o crescimento dos interesses particulares da corporação (policial, judiciária, burocrática) à qual se outorgou o poder não limitado de agir.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION272 272 4/10/2007 14:39:28

os princípios centrais que compõem este núcleo. A meu ver, eles são seis: ***(i)*** contraditório, ***(ii)*** publicidade, ***(iii)*** eqüidistância entre interesses, ***(iv)*** lealdade e boa-fé, ***(v)*** instrumentalidade, e ***(vi)*** pluralidade de competências decisórias (que compreende o duplo grau de jurisdição). Estes princípios, quando aplicados às diferentes espécies de processos, serão reconfigurados de modo a, sem perder seu núcleo de identidade original, serem adaptados às premissas e objetivos de cada distinto provimento estatal. Isso não impede, porém, de vê-los como identidade nuclear do processo em geral.

III.a. O contraditório

20. O **contraditório** é intrínseco à noção de processo tal como entendida aqui. A idéia de relação subjacente ao processo envolve que todos aqueles nela enredados possam defender seus interesses expondo suas razões e questionando aquelas de seus contendedores. O princípio do contraditório se revela como princípio processual angular na medida em que sem o contraditório nem sequer pode haver relação processual, pois inexistiria integração dos interessados no manejo do poder. *"Dessa forma, cumprir o procedimento é também observar o contraditório: sendo apenas o aspecto visível do processo, ele, no fundo, não tem o seu próprio valor, mas o valor das garantias que tutela. O direito ao procedimento, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula due processo of law, em substância é direito aos valores processuais mais profundos e notadamente a participação em contraditório"*[32]. O contraditório não é meramente a contraposição de dois interesses para permitir a decisão por um terceiro, detentor do poder extroverso. O contraditório, posto na amplitude da relação processual, permite a contraposição dos distintos (até mesmo mais de dois) interesses envolvidos na decisão (ou atingíveis por ela), de modo a que a decisão colete e leve em conta todos os pontos de vista enredados no tema objeto do processo[33]. Daí por que sustentarmos, com base na Constituição, que sempre que houver interesses relacionados à decisão da autoridade deverá haver contraditório e, para assegurá-lo, deverá haver processo. Se o agir da autoridade não se traduz em uma decisão que, potencialmente, tangencie interesses dos cidadãos, esta autoridade não estará dispensada de observar certas formalidades, mas não será necessário

32. Cândido Rangel DINAMARCO, op. cit., página 160.
33. Diz a melhor doutrina: "É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os 'litigantes em processos judicial ou administrativo e aos acusados em geral', está a Constituição (Artigo 5º, LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual." (ARAÚJO CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., página 303, grifo nosso).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION273 273 4/10/2007 14:39:28

o processo exatamente por não se cogitar de contraditório. Quando a necessidade deste surge, imperativa se torna a processualização ou a conversão do procedimento em processo[34].

Como princípio geral do processo, o contraditório tem uma vertente ontológica e uma vertente operacional. Ontologicamente, o contraditório é pressuposto para existência de processo: sem a contraposição de interesses não faz sentido se falar em processo[35]. Operacionalmente, o contraditório é de tal forma importante que sem assegurá-lo efetivamente teremos uma pantomima, não um processo.

No primeiro sentido, pode-se dizer que é a contraposição potencial de um ou mais interesses em relação ao provimento objeto da competência estatal que obriga a observância do processo. Tanto no processo judicial quanto no administrativo (e, em elevada potência, no processo legislativo, dada sua característica obrigatoriamente plural e complexa) é a existência de uma contraposição de interesses que faz surgir a lide e conseqüentemente o dever processual. Objetivamente, essa contraposição de interesses pode se manifestar na contrariedade de interesses de dois ou vários indivíduos a ser arbitrada pelo Estado (como ocorre no processo civil ou no processo licitatório) ou então na relação de um ou mais interesses em relação ao próprio potencial provimento estatal (como ocorre no processo penal ou no processo administrativo disciplinar).

No segundo sentido, operacional, decorrência já da existência do processo, temos o princípio do contraditório como uma obrigação de, durante todo o curso processual, levar em consideração e oportunizar a participação dos interessados nos termos do que houver sido assegurado pela lei. De modo geral *"*[t]*oda e qualquer decisão estatal terá de ser antecedida da oportunidade de manifestação dos interessados. O contraditório abrange a possibilidade de defesa prévia pelo interessado, de sua audiência em face do todos os eventos e de produção das provas adequadas à defesa"*[36]. O princípio do contraditório se traduzirá nas diversas espécies de processos em vários princípios derivados.

---

34. Parece concordar com este ponto de vista Romeu Felipe BACELLAR FILHO: "O procedimento administrativo não deixa de ser um modo de domesticação do exercício do poder da Administração Pública. Favorece a tônica funcional: os agentes estatais exercitam o poder em nome de uma finalidade, desempenham função. O procedimento impõe previsibilidade, estabilidade e exigibilidade. (...) Todavia, o procedimento administrativo, por si só, não basta para a democracia. É elemento necessário, mas não suficiente. Além de exigir prévia aceitação (deve haver um consenso sobre o método, a regra de solução do conflito), a sociedade moderna exige o princípio da participação do cidadão por meio do procedimento (processo)." (Cf. "Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar", 2ª edição, São Paulo, Max Limonad, 2003, páginas 133 e 134).
35. "O que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual." (Cândido Rangel DINAMARCO, op. cit., página 79).
36. Marçal JUSTEN FILHO, op. cit., página 238.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION274 274 4/10/2007 14:39:29

Assim, o contraditório se põe, para o processo, a um só tempo, como **condição de existência** (pois no sentido de contraposição de interesses é ele que faz surgir o dever de instituição do processo) e **de validade** (pois se no curso do processo não for respeitado o direito ao contraditório nos termos da lei, haverá nulidade).

III.b. A publicidade

21. O **princípio da publicidade** se aplica também a todos os processos para exercício do poder estatal. Na verdade, o dever de publicidade é intrínseco ao próprio Estado Democrático de Direito, que em si proscreve o sigilo, a obscuridade. Segue daí que toda manifestação de agir estatal estará, em tese e em geral, sujeita ao amplo acesso e divulgação ao público. A publicidade, portanto, é até mais ampla do que o dever de dar conhecimento e acesso dos atos e autos processuais aos interessados. Ela se revela na obrigação de divulgação ampla da existência do processo até mesmo como forma de dar à coletividade o direito de conhecer o manejo do poder estatal, de molde a verificar seu eventual interesse nesta manifestação concreta[37].

Temos, também aqui, duas aplicações do dever de publicidade: uma que se revela na obrigação de publicar os atos processuais e de divulgar a existência deste a todos, interessados ou não; outra que se traduz no dever de franquear aos interessados (partes legitimadas no processo em sentido largo) o amplo acesso a tudo que se produzir no curso processual.

Se o primeiro sentido da publicidade pode admitir alguma restrição em virtude da proteção de bens jurídicos mais relevantes (como ocorre com o segredo de justiça com vistas a proteger a intimidade), o segundo praticamente não pode ser reduzido ou mitigado, pois que, se frustrado o dever de publicidade, estará aberta a possibilidade de frustração do dever do contraditório, da constrição do direito de integrar o processo e, pior, estar-se-á possibilitando que a informação processual se torne um ativo a ser mercadejado[38] pela autoridade condutora do processo. O que não se admite, por ser afronta ao Estado de Direito, é o processo

37. Cf. Carlos Ari SUNDFELD, "Princípio da Publicidade Administrativa: Direito de Certidão, Vista e Intimação", in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, volume 199, janeiro a março de 1995, páginas 97 a 110.

38. Digo mercadejado não numa referência necessária à prática de corrupção ou favorecimento, mas no sentido de se conduzir ao processo administrando o fluxo de informação de modo a elevar o poder de condução processual da autoridade, obter a subserviência da parte e eventualmente dificultar o exercício de direitos. Para ilustrar o que digo basta se ter em mente o que ocorre, freqüentemente, no processo administrativo de inquérito policial.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION275 275 4/10/2007 14:39:29

inverso – comum em processos de investigação parlamentar, policial ou pelo *parquet* – de se restringir a publicidade processual à parte (obstando o acesso desta aos autos), mas prodigalizar a publicação de atos, documentos ou decisões junto aos órgãos de imprensa. Num sistema jurídico e institucional sério, tal vilania mereceria no mínimo a condenação dos responsáveis por improbidade administrativa (cf. artigo 11, *caput* e inciso III da Lei nº 8429/92).

III.c. A eqüidistância de interesses

22. O terceiro princípio comum ao gênero processual é o da **eqüidistância de interesses**, no sentido de que a autoridade estatal atuante no processo deve manter – como corolário do princípio constitucional da impessoalidade (CF, artigo 37, *caput*) – uma posição neutra em relação aos interesses, sem privilegiar imotivadamente um em detrimento dos outros em contenda ou contraposição. Tal princípio não se confunde com a neutralidade de quem decide. A neutralidade é princípio derivado do dever de eqüidistância, mas dele difere na medida em que o juiz neutro e imparcial (como ocorre no processo civil) será necessariamente eqüidistante, mas o agente administrativo no mais das vezes não poderá ser neutro em relação ao processo (pois tem o dever de curatela do interesse cometido à Administração e objeto de competência decisória), devendo, contudo, ser necessariamente eqüidistante.

Reside no núcleo básico da processualidade o dever da autoridade manter uma eqüidistância em relação aos interesses enredados no processo (e, por conseguinte, às partes titulares destes interesses). Isso não importa dizer que em alguns processos tal autoridade não tenha que exercer um papel proativo ou que seja característica de todo processo o dever de inércia do agente estatal. Se a jurisdição é inerte, a atividade administrativa não o é, muito ao revés. Contudo, isso não significa que, em sede de procedimento administrativo, a autoridade deva desabridamente pender para algum interesse embatente no processo apenas por pressupor – antes de concluído o intercurso processual – qual é o interesse mais consentâneo ao interesse público. Segue daí que o princípio da eqüidistância se dividirá na aplicação nos processos em espécie em princípio da imparcialidade do juiz no processo jurisdicional, e no princípio da igualdade no processo administrativo[39], no sentido de ***(i)*** se conferir tratamento isonômico entre os particulares eventualmente disputantes em torno de um provimento administrativo e ***(ii)***

39. "O princípio da igualdade no processo administrativo tem um desdobramento final, consistente na planificação das posições jurídicas entre particulares e Administração Pública. O cânone constitucional não se põe unicamente entre pessoas privadas no processo, mas entre estas e o ente administrativo." (Egon Bockmann MOREIRA, op. cit, página 77).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION276 276 4/10/2007 14:39:29

se estabelecer uma neutralidade da Administração na sua dúplice condição de parte e *"juiz"* do processo.

Sem que o Estado (*v.g*. seus agentes) tenha uma posição de eqüidistância em relação aos interesses, mesmo quando tem o dever de impulsionar o curso do processo, ficaria descaracterizada a atuação processual, aproximando-se o ato de autoridade de um mero exercício de vontade do detentor do poder. De resto, sendo como vimos o processo imperativo ao exercício do poder estatal, descurar do dever de conferir tratamento equânime seria ferir o dever constitucional de tratamento conforme à igualdade (artigo 5º, *caput*, CF). Nunca é demais lembrar que a igualdade constitucional se afirma à luz da lei, o que obriga que o seu respeito se manifeste no exercício do poder estatal consentâneo com a formalidade legal ao exercício do poder. É dizer, a observância do devido processo legal é também decorrência do respeito ao cânone da igualdade de todos perante a lei.

III.d. A lealdade e boa-fé

23. O quarto princípio angular do que chamamos de *teoria geral do processo de exercício do poder estatal* é o **princípio da lealdade ou boa-fé processual**. Aquele que talvez seja o princípio mais maltratado no devir da atuação estatal, mormente a administrativa e mais recentemente, haja vista o crescimento dos poderes do juiz e da instrumentalidade do processo jurisdicional, lamentavelmente também na seara judicial. O princípio da lealdade ou da boa-fé é uma decorrência direta do princípio constitucional da moralidade. Ele predica que o agente estatal (juiz, legislador, administrador) deva agir sempre com lhaneza e correção, não podendo lançar mão de má-fé, de ardil, de astúcia, mesmo que consiga demonstrar haver um interesse maior a perseguir com tal conduta. Não há interesse público ou relevância coletiva que legitimem a conduta de um agente estatal afrontante da moralidade. Neste sentido, o princípio da boa-fé e da lealdade obriga o agente estatal (assim como as partes) a promover uma conduta reta e fidalga, mesmo que isso implique uma redução da eficiência do processo.

A autoridade que omite a juntada de um documento para elidir a defesa, que lança mão de fraude para produzir uma prova ou ainda que ameaça a parte para que esta renuncie a seus direitos no processo, não apenas fere o dever de respeitar a ampla defesa. Fere um princípio maior, estruturante do Estado de Direito, pois, na medida em que o agente estatal lasseia os padrões morais de conduta (mesmo que para alcançar fins supostamente legítimos), corrói os parâmetros do próprio Estado, contribuindo para a perda de referência do justo. A má-fé na esfera judicial ou administrativa é mais maléfica do que a ineficácia episódica do processo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION277 277 4/10/2007 14:39:29

No processo, o respeito ao dever de lealdade e boa-fé por parte do agente estatal é pressuposto do respeito ao devido processo. Como ensina, no tocante ao processo administrativo, Egon Bockmann MOREIRA, a *"boa-fé impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. Ao contrário, a conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto e gratuito; seja indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé"*[40]. No processo judicial, o princípio da boa-fé se traduz no princípio da lealdade, que obriga a todos que nele se enredam (partes, juiz, *custos legis*).

Embora este princípio seja de observância geral a todos os partícipes da relação processual, como vimos, a sua observância é ainda mais imprescindível por parte do agente estatal. Isso porque embora o comportamento desconforme à moralidade por qualquer dos atores processuais conspurque a lisura do processo, quando este agir parte do agente estatal (juiz, administrador, ministério público) a lesão é ainda mais grave, pois resta afrontado o próprio pressuposto do exercício institucional do poder estatal. Tal cânone se mostra cada vez mais relevante à luz de uma certa ideologia da *legitimação pelo resultado* que procura validar qualquer conduta desregrada dos agentes estatais (especialmente as autoridades policiais ou o *parquet*), contanto que seja serviente tal conduta para punir um criminoso, deter um meliante ou mesmo saciar a necessidade insana da opinião pública por um etéreo sentimento de *"fim à impunidade"*. Tal comportamento de legitimação aparenta produzir resultados laudatórios a curto prazo (eficiência de fins), mas certamente produzirá malefícios irreparáveis a longo prazo, pois importa na ***(i)*** desmedida conferência de poderes a alguns agentes públicos, ***(ii)*** um esgarçamento das garantias processuais cujo reparo tomará longo tempo e ***(iii)*** perda dos parâmetros deontológicos do agir estatal.

III.e. A instrumentalidade

24. O penúltimo princípio geral do processo é a **instrumentalidade**. Como é sabido, o processo é um meio (obrigatório e assecuratório de garantias individuais) para efetivação do poder estatal (e conseqüente atingimento de seus objetivos). Como instrumento que é, ele não pode se alçar importância maior do que aquela correspondente ao fim que lhe serve de objeto. Seguem daí, do princípio da

40. Egon Bockmann Moreira, op. cit., páginas 90 e 91.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION278 278 4/10/2007 14:39:29

instrumentalidade, vários princípios derivados como o da economia processual, da conexão de processos, do formalismo moderado, entre outros.

O princípio da instrumentalidade, ademais, encontra agora assento constitucional, pois nada mais é do que uma decorrência do princípio da celeridade no processo administrativo e judicial introduzido na Carta (artigo 5º, LXXVIII) pela Emenda Constitucional nº 45/04[41], como de resto já era decorrência, para fins do processo administrativo, do princípio da eficiência (CF, artigo 37, *caput*). Sendo constitucionalmente assegurada a presteza na conclusão do processo e a celeridade de sua tramitação, ressalta reforçada a natureza instrumental do processo e a vedação de ritos e formas não prestantes a garantir os pressupostos processuais.

Há que se advertir, contudo, que o caráter instrumental do processo não pode ser lido como um salvo conduto para transformá-lo em pantomima ou para contribuir para a flexibilização das garantias processuais. O princípio da instrumentalidade deve ser visto como uma garantia ao administrado ou jurisdicionado de que não será o processo empecilho para o exercício da função administrativa ou jurisdicional e não que as garantias processuais possam ser desprezadas em nome de um provimento mais *"eficiente"*. Boa mostra disso é a fórmula pela qual o legislador positivou o princípio do formalismo moderado. No âmbito do processo administrativo o artigo 2º, Parágrafo único, incisos VIII e IX, da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9784/99)[42] consagra estes princípios sempre vinculando a mitigação da forma à observância dos direitos dos administrados, de modo a não permitir que se admita um *informalismo* prestante a reduzir o direito do administrado.

Tem sido crescente a freqüência do discurso de senso comum que reporta em termos retóricos a eficiência administrativa como realização do interesse público da forma ótima. Assim, é cabível afirmar que o *processo* é instrumento de melhor realização do interesse público, devendo buscar prover os interesses coletivos da melhor forma possível. **Essa asserção é verdadeira, mas infelizmente pouco ou nada entrega além de um *slogan*, que serve como forma a um conteúdo ilimitado de significações concretas, sempre sujeitas a um nível de *subjetividade* ou *discrição***. Por esse motivo, não podem ser tomados como consistentes

41. É o texto constitucional: "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".
42. "Artigo 2º (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados."

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION279 279 4/10/2007 14:39:30

argumentos sobre questões de processo que se reduzam a remeter seu fundamento sobre o vaguíssimo conceito de *"interesse público"*.

De qualquer modo, ainda no plano conceitual (geral, abstrato), é lícito firmar uma obviedade: **não se forma o interesse público contra o ordenamento jurídico; por exemplo, o interesse público não é constituído, nem se realiza mediante agressão a direitos constitucionais fundamentais**. Dito de outro modo: a eficiência não pode envolver agressão a garantias fundamentais do Estado de Direito. O comprometimento destas já prediz a impossibilidade de consecução do interesse público. Não existe alternativa: não existe interesse público relevante o suficiente para legitimar e possibilitar que sua implementação se faça derrogando os fundamentos do Estado de Direito.

Todos sabemos, o Estado de Direito proscreve a banalização dos meios sob auspício de atingimento dos fins. Os fins do Estado Democrático de Direito não são atingidos pela Administração de qualquer modo ou do modo mais conveniente à mesma: há meios, por definição, interditados ao poder público em um Estado Democrático de Direito, e pode-se bem dizer ser justamente essa uma das mais fundas distinções entre aquele e os Estados totalitários.

A instrumentalidade é, portanto, um princípio geral do processo na medida em que é inerente ao próprio conceito de processo e à sua função. Ela se traduz na necessária organização dos atos e das partes com vistas a atingir o fim (ou os fins) colimado pelo processo, evitando que o rito que lhe é inerente se descole da sua finalidade. Porém, para se ter a correta dimensão da instrumentalidade há que se ter em vista que o processo não é um instrumento apenas para a melhor consecução do fim que lhe serve de objeto. O processo é sim instrumento para atingir este fim, mas com consideração à pluralidade de interesses envolvidos e observância das garantias individuais a eles subjacentes. Se o processo se torna eficiente instrumento para atingir o resultado pretendido pelo poder estatal, mas para tanto despreza a pluralidade de interesses ou faz tábula rasa das garantias, a instrumentalidade se transverte em *desprocessualização* e, assim, afronta à Constituição.

III.f. A pluralidade de instâncias

25. Por fim, temos o princípio geral da **pluralidade de competências decisórias** (que compreende o duplo grau de jurisdição). Ele se manifesta no direito do particular a que uma manifestação concreta do poder estatal seja ratificada por pelo menos uma autoridade além daquela que a proferiu. Dito de outro modo, cuida-se de assegurar, no âmbito do devido processo legal, a complexidade (no sentido de ato jurídico complexo) da formação da decisão estatal.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION280 280 4/10/2007 14:39:30

A pluralidade de instâncias se traduz habitualmente no princípio do duplo grau, forte em processo judicial, frágil no processo administrativo[43]. Sobre tal princípio, esclarecedora é a lição dos nossos processualistas quando ensinam que ele, pensado na 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",* para na seqüência lembrarem que há corrente (absolutamente minoritária em sede de processo judicial, mas, como veremos, forte para o processo administrativo) que rejeita o princípio ancorada em três ordens de argumentos: ***i)*** a economia processual; ***ii)*** o fato de que a falibilidade colhe autoridade em qualquer grau; ***iii)*** a decisão retificadora fere o princípio da segurança jurídica[44]. Tais argumentos são doutrinariamente refutados diante do fato de que, por um lado, o mal menor é poder consertar o erro do que torná-lo irreversível e que a decisão recursal tomada pela instância superior serve para uniformizar e estabilizar a manifestação do poder estatal[45], o que reforça a segurança jurídica e compensa um eventual maior dispêndio de tempo e recursos no processo. Ademais, acrescento eu, a possibilidade de que a decisão tomada seja reformada, obriga ao agente incumbido de decidir uma maior cautela e diligência, o que certamente se perderia caso houvesse a certeza de caráter definitivo na decisão.

Na esfera administrativa, não é tão pacífica a imprescindibilidade do duplo grau decisório. A jurisprudência da Suprema Corte, aliás, apontava no passado para o entendimento de que o duplo grau não integra o devido processo[46]. Mais recentemente, esse entendimento foi alterado, como demonstra a recente decisão considerando inconstitucional a exigência de depósito recursal. O raciocínio principal para refutar o princípio do duplo grau como aplicável no processo administrativo estava no fato de que a apreciação de uma decisão pela autoridade superior no âmbito da Administração Pública decorreria do princípio da hierarquia e da conseqüente prerrogativa de revisão dos atos praticados pelos inferiores. Visto tal fazer como uma prerrogativa, entendia-se impossível assegurar um direito a obrigar essa nova apreciação, quanto mais diante do fato de que, dada

43. Daí o princípio ser tradicionalmente conhecido como "princípio do duplo grau de jurisdição".
44. Para a citação e para esta argumentação, ver ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, "Teoria Geral do Processo", op. cit., página 80.
45. Ressalta-se a este respeito que a jurisprudência vem adquirindo ao longo dos anos um papel cada vez mais significativo como "fonte do Direito". Sobre o tema, ver, por todos, a obra de Oscar Vilhena VIEIRA, "Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política", 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
46. Veja-se a título de exemplo ADI-MC 1922-DF e ADI-MC 1976-DF, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 06.10.99. No julgamento destas Medidas Cautelares restou decidido, pelo voto do relator que "não há, nesta, a garantia ao duplo grau de jurisdição administrativa (assim os RREE 169077 onde se citam como precedentes a ADIN 1049 e o RE 210.246, 210.135 e 246.271)". Acórdãos disponíveis em {http://www.stf.gov.br/}. Acesso em junho de 2007.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION281 281 4/10/2007 14:39:30

a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, CF), sempre será possível a revisão do ato em juízo.

A tese da supressão do direito a um segundo provimento, em sede administrativa, em virtude da possibilidade de revisão em sede jurisdicional, a meu ver não se sustenta. Os processos administrativo e judicial neste particular não se confundem, sendo certo que o provimento que terá lugar na administração não é do mesmo teor do que aquele a ser proferido na instância judicial. Para não ir longe, lembre-se que nem sempre é dado ao Judiciário reformular a decisão tomada no âmbito da discricionariedade administrativa. Segue daí que o fato de que uma decisão possa ser revista em juízo não elide o direito do administrado de vê-la reformada ou confirmada no âmbito administrativo por uma autoridade hierarquicamente superior. Direito este que não é respeitado pela mera previsão de recurso a ser dirigido à mesma autoridade que proferiu a decisão, em juízo de retratação. O direito ao duplo grau, ou à pluralidade de instâncias decisórias como aqui designo, pressupõe a possibilidade de, pela via recursal, o cidadão provocar uma segunda manifestação sobre decisão que colha seu interesse, proferida por outrem que não o agente competente para decidir a questão originalmente.

No julgamento da ADI nº 1976-DF, o Supremo Tribunal Federal alterou sua posição antes assentada, passando a entender que o direito ao recurso a uma segunda instância integra o devido processo e, assim, providências que tolham este direito ao recurso contrariam a Constituição. No voto condutor, o Ministro Relator Joaquim Barbosa registrou: *"*[d]*a necessidade de se proporcionar um procedimento administrativo adequado surge o imperativo de se consagrar a possibilidade de se recorrer dentro do próprio procedimento. O direito ao recurso em procedimento administrativo é tanto um princípio geral de direito como um direito fundamental. (...) Situados no âmbito dos direitos fundamentais, os recursos administrativos gozam entre nós de dupla proteção constitucional, a saber: o artigo 5º, XXXIV (direito de petição independentemente do pagamento de taxas) e LV (contraditório)"*[47].

47. ADI 1.976/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado 28.03.2007. Destaque-se, porém, que ao fundamentar sua posição o Ministro Relator foi forte no argumento baseado no direito de petição e se baseou menos no caráter intrínseco do recurso ao devido processo legal. Diz "A consagração do direito ao recurso administrativo como um componente essencial do direito de petição torna acessório o debate acerca de um direito ao duplo grau de jurisdição. O cidadão que recorre administrativamente exerce, antes de tudo, um direito de petição frente à autoridade administrativa. A questão da imposição do depósito prévio já pressupõe uma suposta 'segunda instância administrativa'. Não se discute, portanto, a existência dessa 'segunda instância', mas o acesso a ela". Acórdão disponível em {http://www.stf.gov.br/}. Acesso em junho de 2007.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION282 282 4/10/2007 14:39:30

A meu ver, em boa hora vem a mudança de posição do STF[48]. Não vejo como desconsiderar o direito a uma segunda apreciação como integrante do devido processo legal. Tal fórmula está inclusive patente no artigo 5º, LV, da CF quando se assegura *"o contraditório e a ampla defesa, com os meios* ***e recursos*** *a ela inerentes"* (grifo nosso). De mais a mais, o direito de ter consideradas suas razões contra uma decisão inicialmente tomada por uma autoridade estatal se mostra indesviável para que se garanta a objetividade e a eqüidistância da decisão, consagrando a processualidade. Veja-se que negar ao administrado ou ao jurisdicionado o direito a uma nova decisão hierarquicamente superior criaria uma situação não equânime em relação ao poder estatal, pois a este socorrem as garantias do recurso de ofício no Judiciário (artigo 475, I, CPC), e de revisão dos atos administrativos (Súmula 473, STF).

Decorrência do direito à apreciação por pelo menos mais uma autoridade é o direito a que o recurso não agrave a situação do recorrente (vedação ao *reformatio in pejus*). Nenhum sentido haveria em assegurar o direito do indivíduo a uma nova apreciação se esta pudesse vir em seu desfavor. Quanto mais não fosse, porque esta possibilidade certamente será manejada pelo poder para coibir o exercício de direitos. Tenho comigo que o princípio já pacífico no processo judicial deve também alcançar os processos administrativos, sem o que ficaria vazia a garantia de recursos assegurada na Constituição.

IV. CONCLUSÃO

26. Resta retornar à discussão acerca da utilidade de uma teoria geral do processo ampla o suficiente para englobar todas as formas de disciplina processual da manifestação do poder estatal. Duas na verdade são as serventias. Uma primeira de corte conceitual, condizente em reforçar o papel do indivíduo no devir do poder estatal, indivíduo a um só tempo destinatário e beneficiário deste poder (e, portanto, duplamente envolvido como parte interessada na decisão). Outra de corte funcional: a teoria geral do processo construída a partir da experiência do processo jurisdicional muito tem a oferecer a outros ramos mais novos do processualismo, especialmente ao processo administrativo. Situado como espécie de um ramo geral do *processo de exercício do poder estatal*, o processo administrativo muito poderá se aproveitar da construção da teoria geral do processo. Quem sabe, a partir desta aproximação, a doutrina e a jurisprudência possam começar a ler o artigo 5º, LV, da Constituição sem tergiversar, sem procurar

48. A esse respeito, ver meu "O Depósito Recursal e o Direito ao Devido Processo e à Eficiência Jurisdicional", in Cláudio LEMBO (Coord.), Encontro Brasil-Espanha: A Reforma Processual, São Paulo, Manole, 2006, páginas 170 e seguintes.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION283 283 4/10/2007 14:39:30

traduzir a induvidosa locução constitucional *"processo administrativo"* como se fosse mero procedimento escrito equivocadamente pelo constituinte inculto. Ou ainda, quem sabe, possam os agentes públicos desistir de imaginar possível afastar as garantias do contraditório ou da ampla defesa apenas rebatizando os processos com esdrúxulas designações de protocolados, procedimentos preparatórios, expedientes inquisitoriais, ou excrescências do gênero. Quem sabe a afirmação de uma teoria geral (generalíssima) do processo possa, finalmente, nos redimir do direito administrativo autoritário e nos emancipar com vistas a um direito administrativo participativo, democrático e de Direito. Como dizia um brilhante jurista do século passado cético com a teoria geral do processo jurisdicional: *"que tarefa ingrata!"*[49]. Vale a pena tentar.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *"Teoria Geral do Processo"*, 23ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *"Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar"*, 2ª edição, São Paulo, Max Limonad, 2003.

DINAMARCO, Cândido R. *"A Instrumentalidade do Processo"*, 10ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *"Direito Administrativo"*, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *"Curso de Direito Administrativo"*, São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

LLOBREGAT, José Garberí; RAMÍREZ, Guadalupe Buitrón. *"El Procedimiento Administrativo Sancionador"*, Valencia, Lo Blanch, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *"O Depósito Recursal e o Direito ao Devido Processo e à Eficiência Jurisdicional"*, in Cláudio LEMBO (Coord.), *"Encontro Brasil-Espanha: A Reforma Processual"*, São Paulo: Manole, 2006, páginas 170 a 178.

MAURER, Hartmudt. *"Direito Administrativo Geral"*, São Paulo, Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *"Direito Administrativo Moderno"*, 11ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *"O Direito Administrativo em Evolução",* 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. *"Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei nº 9.784/99"*, São Paulo, Malheiros, 2000.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *"Toward Responsive Law - Law & Society in Transition"*, 2ª edição, New Brunswick: Transaction Publishers, 2005.

49. Refiro-me ao célebre prefácio do Professor Luís Eulálio de Bueno Vidigal à primeira edição de 1974 do "Teoria Geral do Processo", de ARAÚJO Cintra, Dinamarco e Grinover, mantido em todas as muitas edições não apenas como merecida homenagem, mas pelo seu simbolismo histórico.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION284 284 4/10/2007 14:39:31

OFFE, Claus. *"Problemas Estruturais do Estado Capitalista"*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.

SUNDFELD, Carlos Ari. *"Fundamentos de Direito Público"*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

_____. *"Princípio da Publicidade Administrativa: Direito de Certidão, Vista e Intimação"*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, volume 199, janeiro a março de 1995, páginas 97 a 110.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *"Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política"*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION285 285 4/10/2007 14:39:31









CAPÍTULO XIII

O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA TEORIA DO GERAL DO DIREITO[1]

Fredie Didier Jr.*

Sumário: 1. Noções básicas sobre a fenomenologia jurídica – 2. Procedimento como ato jurídico complexo – 3. Conceito e objeto do juízo de admissibilidade – 4. O juízo de admissibilidade e o sistema de invalidades da legislação processual civil: 4.1. Consideração introdutória; 4.2. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do procedimento principal. Noções sobre o princípio da cooperação; 4.3. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do recurso; 4.4. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais – 5. Natureza jurídica do juízo de admissibilidade – 6. Efeitos do juízo de admissibilidade negativo.

1. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A FENOMENOLOGIA JURÍDICA

O fenômeno jurídico deve ser examinado em três planos distintos: existência, validade e eficácia.

O plano da existência refere-se aos fatos jurídicos; o da eficácia, às situações jurídicas (efeitos jurídicos, dentre os quais o mais importante é a relação jurídica). O plano da validade é exclusivo de alguns fatos jurídicos, mais precisamente dos atos jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito)[2-3], fatos

---

(*) Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor Adjunto de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor-coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

1. Trata-se de versão atualizada e ampliada do primeiro capítulo da tese de doutoramento apresentada pelo autor à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cuja defesa pública ocorreu em 31 de março de 2005, perante banca examinadora composta pelos professores Teresa Arruda Alvim Wambier, José Roberto dos Santos Bedaque, Luiz Guilherme Marinoni, Cássio Scarpinella Bueno e Sérgio Seiji Shimura, que lhe atribuiu nota máxima, com distinção e louvor. A versão comercial integral da tese foi publicada pela Editora Saraiva: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação.* São Paulo: Saraiva, 2005.
2. "O ilícito, posto nos negócios jurídicos, ou nos atos jurídicos *stricto sensu,* eiva-os de nulidade". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 145).
3. Há quem restrinja o plano da validade aos negócios jurídicos. "Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico – o plano da validade, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico.* 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24). Também adotando a linha de que apenas os negócios jurídicos submetem-se ao plano da validade, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 337-354.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION287 287 4/10/2007 14:39:31

humanos cujo suporte fático dá relevância à vontade. Há fatos jurídicos que não "passam" pelo plano da validade, como são os casos de alguns fatos ilícitos (não se fala de nulidade do crime), dos atos-fatos (não se cogita da nulidade de uma pintura) e dos fatos jurídicos naturais (infelizmente não se invalida a morte)[4]. A validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da hipótese de incidência de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação (= invalidação, tanto a decretação do nulo quanto a anulação)[5]: a destruição de um ato jurídico em razão de um seu defeito[6]. Não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não. É como afirma Pontes de Miranda: "Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação jurídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença"[7].

Em suma, o "fato jurídico, primeiro, *é*; se é, e somente se é, pode ser *válido*, *nulo*, *anulável*, *rescindível*, *resolúvel* etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam"[8].

O ato jurídico inválido não é ato inexistente, não é zero-ato jurídico, é ato jurídico menor que um (< 1)[9]. Ato inexistente não tem defeito; não é – "defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de *deficio* (*facio*) e

4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* t. 4, cit., p. 4.
5. Não se pretende proceder a uma tentativa de distinção entre nulidade e anulabilidade; a tarefa, frise-se, é das mais árduas. Os critérios distintivos são vários, mas nem sempre o legislador é fiel às lições doutrinárias. Neste momento, cumpre apenas fazer duas observações: a) ambas são hipóteses de invalidação dos atos jurídicos, com regimes jurídicos distintos (legitimidade para argüir, forma de argüição, prazo, sanabilidade do defeito, retroatividade da decretação da invalidade etc.); b) não obstante as diferenças, a invalidação é sempre uma decisão constitutiva negativa.
6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 3.
7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 141. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.
8. Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* 4ª. ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, introdução, n. 9, p. XX. Não há teoria do fato jurídico que se equivalha em importância, coerência e magnitude à de Pontes de Miranda. De um modo geral, adotam-se aqui as linhas por ele traçadas.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 21.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION288 288 4/10/2007 14:39:31

sugere estar mal feito"[10]. Nem todo defeito implica invalidação: a lei pode permitir a conversão do ato jurídico defeituoso em outro ato jurídico (art. 170 do CC-2002)[11], considerar o vício irrelevante ou, ainda, não obstante a falha, aproveitar o ato deficiente. A invalidação é a conseqüência mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

A validade de um ato deve ser examinada contemporaneamente à sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A invalidade é sempre congênita. O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato de consumo, por exemplo) ou ser anterior a ele (coação, dolo, erro etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato[12]. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade. A resolução e a revogação, por exemplo, são causas de extinção de atos jurídicos por fatos supervenientes à sua formação[13].

O ato inválido *é* – portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer, então, que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito: é possível que atos nulos produzam efeitos até a sua desconstituição (veja-se a hipótese do casamento nulo) – e, como será visto adiante, é isso o que ocorre com as invalidades processuais[14]. Todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito. Saber se a nulificação (a) dá-se *ex officio* ou por provocação do interessado, (b) se gera efeitos retroativos ou *ex nunc*, (c) se está ou não submetida a prazo de decretação,[15] (d) se pode ser feita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões contingentes,[16] pois a

10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 13-14.
11. Art. 170 do CC-2002: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".
12. "Quanto à invalidade sobrevinda, a lógica obriga a tê-la como *contradictio in terminis*". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 221.). Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.
13. GOMES, Orlando. *Contratos.* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 170; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 79-85.
14. "De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* t. 4, cit., p. 7.)
15. Não se deve cometer o equívoco de considerar declaratória a demanda pela simples circunstância de não estar submetida a prazo de prescrição ou decadência. Basta pensar nas diversas demandas indiscutivelmente constitutivas (interdição e separação judicial, por exemplo) não submetidas a qualquer prazo para ajuizamento.
16. Eis o exemplo do art. 287, 2, do Código Civil Português: "Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser argüida, sem dependência de prazo, tanto por via de acção como por via de excepção". "Há, por assim dizer, parcial equiparação da anulabilidade à nulidade. Semelhante traço é inteiramente estranho à sistemática do ordenamento pátrio". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit.,, p. 219).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION289 289 4/10/2007 14:39:32

resposta a cada uma delas varia conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico[17]. A circunstância de a nulificação retirar retroativamente os efeitos do ato jurídico ou destruir ato jurídico que não produziu qualquer efeito (nulo *ipso iure*) não é relevante para retirar-lhe a qualidade jurídica de sanção – portanto decretável, e não declarável. Não se declaram nulidades, decretam-se nulidades[18-19-20].

É importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados apenas à responsabilidade civil[21] ou penal. O ato inválido é um ato que contém

17. Confira-se, por exemplo, o caso da simulação, que, de defeito apto a gerar simples anulabilidade no CC-1916 (art. 147, II), se transformou em defeito gravíssimo, apto a gerar nulidade absoluta do negócio jurídico no Código Civil de 2002 (art. 167). Mais uma vez, Pontes de Miranda: "Se a falta de satisfação do pressuposto acarreta deficiência que se faz sentir, no mundo jurídico, desde a entrada e para sempre, do suporte fáctico (nulidade), ou desde a entrada dele mas por algum tempo (anulabilidade), é questão de técnica legislativa que o sistema jurídico resolve, conforme os seus intuitos de política jurídica". (*Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 4.)
18. Correto Araken de Assis: "De seu turno, o ato inválido, porque gera efeitos até seu desfazimento, exigirá desconstituição por resolução do órgão judiciário, pouco importando, para tal arte, se *ex officio* ou por iniciativa do prejudicado". ("Eficácia da coisa julgada inconstitucional". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico.* Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2004, p. 41.) Arremata Pontes de Miranda: "Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas...". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 33). Ainda nesse sentido, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 76-82, em que explica a impropriedade da utilização da expressão "nulidade de pleno direito", visto que, por ser sanção, toda nulidade precisa ser decretada; DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais.* Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20.
19. Em sentido um tanto diverso, José Carlos Barbosa Moreira: "Com a ressalva de exceção prevista em lei (ex.: casamento, art. 1.549), não existe para o interessado na declaração da nulidade o ônus de propor ação com o fim de vê-la declarada: a nulidade pode ser argüida em defesa, assim como deve ser pronunciada *ex officio* pelo juiz (art. 168, par. ún.)". ("Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 229). Nesse sentido, NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil anotado e legislação extravagante.* 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 228. No entanto, mais adiante, os mesmos autores chegam a uma conclusão diversa, ao comentarem a nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, que se reputam nulas de "pleno direito" (ou seja, ineficazes, em razão de defeito gravíssimo, *ab ovo*) por força do art. 51 do CDC: "A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa". (ob. cit., p. 947).
20. Adota-se a explicação de Pontes de Miranda, que expõe a razão pela qual não se pode falar de declaração de nulidade: "Quando se exige a 'ação', ou a 'ação ordinária' é que só se permite a acionabilidade em 'ação', e não *incidenter*: excluiu-se o acionar-se em questão prejudicial, ou em exceção, e por isso, somente por isso (dizem), a ação declaratória seria fraca. Ora, encontraria ela o negócio jurídico nulo, ou o ato jurídico *stricto sensu* nulo, que se teria de desconstituir. Quando a lei não exige ação autônoma, ou ação de rito especial ou de rito ordinário, a ação declaratória é fraca; todavia, uma vez que tal nulidade é decretável a qualquer momento, suscite-a quem, interessado, a suscitar, ou de ofício, o juiz, ao sentenciar, primeiro decide a questão prejudicial e, pois, desconstitui; após isso, declara. Ao declarar, já o negócio jurídico nulo ou ato jurídico *stricto sensu* nulo, não é mais, não pertence mais ao mundo jurídico, já estava desconstituído". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 13.)
21. Sobre o tema, com abordagens diversas, mas muito proveitosas, os excelentes trabalhos de MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo, RT, 2004, p. 65-70; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7-22.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION290 290 4/10/2007 14:39:32

um ilícito, cuja sanção é a nulificação. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante[22].

Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito e a anulação, a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação, a sanção etc. [23] Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê,[24] ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a conseqüente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso[25].

Essas noções são conceitos lógico-jurídicos: independem do direito positivo que se examina. Não se trata de conceitos elaborados pelo direito positivo, mas, sim, pela dogmática jurídica. Aplicam-se, portanto, ao direito processual – convém acrescentar: nenhum estudo sobre a fenomenologia jurídica, em qualquer dos ramos do direito, pode deles prescindir.

A partir deste resumo, é preciso investigar sobre qual dos planos recai o juízo de admissibilidade.

2. PROCEDIMENTO COMO ATO JURÍDICO COMPLEXO

É fundamental, antes de ingressar no exame do juízo de admissibilidade, enquadrar o procedimento na teoria do fato jurídico (ramo da Teoria Geral do Direito). Isso porque, como será visto adiante, o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento.

---

22. É o que Pontes de Miranda chama de "ilícito nulificante" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 144-145). No mesmo sentido, reputando a invalidação como uma sanção: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 472; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - plano da validade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 104-106; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no* processo, cit., p. 12-17; ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. 3ª. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 160-162, especialmente a nota 91, em que há amplas referências bibliográficas. Roque Komatsu, que não considera a invalidade uma sanção, fez ampla pesquisa doutrinária sobre o tema, que merece ser consultada (*Da invalidade no processo civil.* São Paulo: RT, 1991, p. 181, nota 18).
23. ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional", cit., p. 42; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 226.
24. DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 14.
25. DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 22.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION291 291 4/10/2007 14:39:32

O procedimento é um ato-complexo[26]. Trata-se de ato jurídico "cujo suporte fáctico é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato* ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, relacionam-se entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim"[27]. Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo[28].

O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional[29]. Convém, no entanto, repetir a advertência de Calmon de Passos que, com base nas lições de Giovanne Conso, afirma não ser correto dizer que o procedimento produz apenas o efeito final, decorrente do ato final. "Na verdade, o que ocorre no procedimento não é uma pluralidade de atos e um só efeito, mas uma série de atos e uma série de efeitos causalmente coligados com vistas a um efeito conclusivo"[30].

Eis o enquadramento do procedimento na Teoria Geral do Direito.

---

26. Em sentido contrário, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 447. Parece-nos, porém, que a divergência gira em torno do conceito de ato-complexo, aqui colocado como gênero do qual o procedimento seria espécie, lá examinado como tipo de ato administrativo. É suficiente que se leia a sua compreensão sobre o que seja procedimento: "Procedimento administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão, visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como autonomia relativa". (ob. cit., p. 442.)
27. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência.* 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.
28. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82. E arremata, classificando os "tipos complexos": "Eles são classificados como (a) tipos complexos de formação concomitante ou instantânea, (b) de formação cronologicamente indiferente e (c) de formação sucessiva. No instantâneo, todos os atos ocorrem na mesma unidade de tempo. No cronologicamente indiferente, os atos se sucedem no tempo, mas uma ordem não prefixada e necessária, pelo que podem variar indiferentemente. No de formação sucessiva, os atos se sucedem numa ordem necessária e preestabelecida. Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento". (ob. cit., p. 83.)
29. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o "ato final" é a manifestação decisiva a respeito de dado assunto, para a qual estão preordenados os atos, que se polarizam em torno do tema (mérito) discutido. (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 442.)
30. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 83.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION292 292 4/10/2007 14:39:32

O processo é, também e inegavelmente, procedimento: conjunto de atos teleologicamente organizados. Impressionados com a compreensão do processo como relação jurídica, que está correta, muitos olvidam esta realidade. Processo é procedimento animado pela existência de uma relação jurídica que vincula os sujeitos que dele fazem parte – relação jurídica essa que se desenvolve em contraditório.

O exame do juízo de admissibilidade do processo não pode ignorar esse aspecto: o estudo da validade do processo é o estudo da validade do procedimento.

Surge, então, uma questão despercebida por boa parte da doutrina: o modo como é examinada a validade dos atos jurídicos complexos, e, pois, do procedimento. Para resolvê-la, é fundamental buscar guarida na Teoria Geral do Direito, no sub-ramo da teoria do fato jurídico. O enfrentamento do tema dar-se-á com a conjugação dos ensinamentos de dois juristas que, embora não abordassem o problema exatamente do modo como ele vem sendo examinado neste trabalho, dão os alicerces de todas as conclusões: Marcos Bernardes de Mello e Calmon de Passos.

Primeiramente, Calmon de Passos.

a) No estudo da teoria do fato jurídico, é necessário distinguir *pressuposto*, *requisito* e *condição*. *Pressuposto* é tudo quanto deve anteceder outro fato jurídico, para que se possa falar da sua existência jurídica; *requisito* é tudo quanto se coloca entre o momento *a quo* e o *ad quem* do fato, ou seja, tudo quanto integra a estrutura executiva do fato jurídico isoladamente considerado (opera no plano da validade); *condição* é tudo quanto se suceder à prática do ato, para que se obtenha determinado efeito jurídico (opera no plano da eficácia)[31]. Sendo assim, a validade do ato-complexo pode ser investigada durante todo o *iter* executivo do ato, que corresponde à prática de cada um dos atos jurídicos que o compõem. Os pressupostos e requisitos processuais podem dizer respeito a todos os atos do procedimento ou a cada um deles isoladamente – no primeiro caso, surge aquilo que se convencionou denominar de requisitos de admissibilidade do processo.

b) Nos atos complexos de formação sucessiva, ser pressuposto ou condição dependerá da posição e da função do ato. O ato "A" pode ser pressuposto do ato "B" do procedimento e ser condição de outro, o ato "C". "O deferimento

31. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 85.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION293 293 4/10/2007 14:39:33

da inicial é pressuposto da citação, mas, ao mesmo tempo, a citação é pressuposto do decurso do prazo para a resposta e a citação é condição (fato necessário) para que o efeito da revelia se produza"[32].

Agora, Marcos Bernardes de Mello.

A validade do ato-complexo de formação sucessiva dependerá da validade dos atos que o compõem. Cada ato que compõe o tipo do ato-complexo deve preencher os requisitos para a sua validade, mas a validade do ato-complexo (conjunto dos atos) dependerá da validade dos atos que compõem a cadeia – regra da causalidade. Explica o tema Marcos Bernardes de Mello, valendo-se da distinção explicada acima entre atos condicionantes e ato final do procedimento:

> "Os *atos condicionantes* são preparatórios do *ato final* e dele constituem pressupostos de validade, não de sua existência. É preciso ressaltar que cada um dos atos tem de atender a seus próprios pressupostos de validade e/ou eficácia. A nulidade de um deles, por exemplo, contamina os que lhe são posteriores e invalida o ato-complexo. Não afeta, porém, nem em sua falta, a existência do ato-complexo que será, nesse caso, nulo"[33].

Em síntese: a) o procedimento é ato-complexo de formação sucessiva; b) a validade do ato-complexo será examinada durante todo o período de tempo que medeia a efetivação do primeiro e a do último ato que o componham (fase executiva do ato-complexo); c) cada um dos atos do procedimento tem os seus próprios pressupostos de existência e requisitos de validade; d) a invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (regra da causalidade normativa), impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação do ato-complexo; e) os atos praticados antes daquele que se invalidou não são afetados por essa nulificação, porquanto já executados (não há nulidade por fato posterior à prática do ato); f) encerrado o procedimento com a prática do ato final, sem que se verifique o defeito de qualquer dos atos que o compuseram, não se mais pode questionar a validade do ato-complexo, que se deve examinar, como visto, apenas durante a sua *fase executiva*.

Cabe uma advertência: pelas mais variadas razões, o legislador pode impedir a decretação da invalidade do procedimento ou de cada um dos seus atos, determinando o aproveitamento de atos praticados, notadamente tendo em vista a função instrumental das formas processuais. Isso é indiscutível e não é objeto deste estudo. Contudo, e é o que se quer pontuar, o sistema das

32. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 87. A propósito, lição de GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo,* cit., p. 34-42.
33. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência,* cit., p. 138.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION294 294 4/10/2007 14:39:33

invalidades processuais tem de ser investigado partindo-se das premissas aqui levantadas.

3. CONCEITO E OBJETO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

O juízo de admissibilidade opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos. Mais precisamente do ato jurídico complexo procedimento[34]-[35].

Todo procedimento judicial instaura-se por um ato postulatório, normalmente de iniciativa das partes – mas nem sempre, pois há procedimentos que nascem por provocação de terceiro (as intervenções de terceiro e os embargos de terceiro, *e*. *g*.) e até mesmo em decorrência da atividade oficiosa (incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal, art. 480 do CPC, o conflito de competência, art. 116 do CPC, e o incidente de uniformização de jurisprudência, art. 476 do CPC). Não se chega ao juízo sobre o que se postulou (juízo de mérito) sem contraditório, que se desenvolve por um procedimento (conjunto de atos) – a menos que a conclusão de mérito seja desfavorável ao postulante, hipótese em que a integração da outra parte ao contraditório é desnecessária.

Bem pensado o tema, portanto, percebe-se que o ato postulatório é o primeiro dos atos que compõem o ato-complexo procedimento – é o primeiro dos *atos condicionantes*, a que alude Marcos Bernardes de Mello. O exame da validade do ato postulatório é, *a fortiori*, o exame da validade do próprio procedimento de que faz parte. A peculiaridade consiste apenas na circunstância de ser o primeiro ato, que, uma vez invalidado, implicará a nulificação do procedimento *ab ovo*[36].

---

34. Relacionando a admissibilidade ao procedimento, ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p. 45. Também assim, muito embora misturando as noções de demanda e procedimento, Piero Calamandrei, para quem a admissibilidade diz respeito "à regularidade do procedimento no qual a ação é proposta e feita valer". (*Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 278.) Pontes de Miranda refere-se à admissibilidade do procedimento (p. 302) e da demanda (p. 303) (*Tratado das ações.* Campinas: Bookseller, 1998, t. 1). Miguel Teixeira de Sousa separa o juízo de admissibilidade do exame da existência e validade do processo; para esse autor português, o juízo de admissibilidade é o juízo sobre a possibilidade de uma decisão de mérito ("Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 70).
35. Em sentido diverso, considerando o juízo de admissibilidade como concernente ao plano da existência (a falta de uma condição da ação, requisito de admissibilidade do processo civil brasileiro – juízo de inadmissibilidade – implicaria inexistência do processo e da sentença eventualmente proferida), WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 200.
36. Há quem distinga *inadmissibilidade* de *improcedibilidade*: aquela diria respeito à falta inicial dos requisitos processuais que devem ser preenchidos no momento da propositura da demanda; essa estaria relacionada com irregularidades processuais sobrevindas no curso do processo (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 279, citando Redenti). Essa distinção não tem qualquer utilidade, porque, independentemente do momento em que se constate o defeito, haverá juízo de invalidade do procedimento.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION295 295 4/10/2007 14:39:33

É importante ressaltar, também, que essas considerações valem para qualquer procedimento ou ato postulatório – embora o cerne deste trabalho seja o juízo de admissibilidade do processo, entendido como o juízo a respeito do procedimento principal e da demanda originária. O que aqui se diz aplica-se a qualquer procedimento (principal ou incidental, de primeiro grau ou recursal, de conhecimento ou executivo etc.) e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de produção de prova, reconvenção, impugnação ao valor da causa, denunciação da lide, conflito de competência, exceções instrumentais etc.). Juízo de admissibilidade, talvez não seja ocioso repetir, é categoria que pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento. Há inúmeros trabalhos sobre o juízo de admissibilidade dos recursos, outros tantos sobre o juízo de admissibilidade da reconvenção, das intervenções de terceiro, dos incidentes em tribunal, das provas etc.[37] As noções sobre o juízo de admissibilidade são gerais: não há como criar tantas teorias gerais quantos sejam os procedimentos/atos postulatórios que se pretenda examinar.

Feitas essas observações prévias, a explanação pode prosseguir.

Toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que se postula. O primeiro exame "tem prioridade lógica, pois tal atividade [análise do conteúdo da postulação] só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício".[38-39] No juízo de admissibilidade, verifica-se a existência dos requisitos de

37. Os requisitos de admissibilidade dos recursos costumam ser relacionados com os requisitos de admissibilidade do processo. Como se vê, isso não é por acaso: em ambos os casos, fala-se de juízo de admissibilidade, que é o juízo sobre a validade do procedimento, principal ou recursal. A propósito, com amplas referências bibliográficas, inclusive da doutrina estrangeira, NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 255, especialmente a nota 140; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43, especialmente a nota 1. Admitindo que se possa estabelecer "certa correspondência" entre os requisitos de admissibilidade da causa e os do recurso, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 262.
38. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil,* cit., p. 260. O texto entre colchetes não consta do original. Assim, também, GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1, p. 120 e segs.
39. Miguel Teixeira de Sousa, em belo trabalho, questiona o rigor da observância dessa prioridade lógica do juízo de admissibilidade sobre o juízo de mérito, afirmando ser possível, em algumas hipóteses, que o tribunal examine o mérito, sem que ter feito o juízo sobre a admissibilidade do procedimento. Baseia-se na obra alemã de Rimmelspacher, que reputa revolucionária. Eis um seu exemplo: "...não se vislumbra justificação plausível para impedir que o tribunal (competente, para não complicar a hipótese) perante o qual foi deduzida a exceção de litispendência não se possa antecipar no proferimento de uma decisão sobre o mérito ao julgamento do outro Tribunal no qual está pendente esta mesma ação, dado que daquela decisão resulta uma definição mais rápida da situação jurídica das partes..." ("Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 65.)

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION296 296 4/10/2007 14:39:33

admissibilidade. Distingue-se do juízo de mérito, que é aquele "em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as conseqüências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta *admissível* ou *inadmissível*; no segundo, *procedente* ou *improcedente*"[40]. Por isso que se fala em admissibilidade do recurso, da petição inicial, da denunciação da lide etc.

Calmon de Passos cuida da inadmissibilidade no plano da validade, distinguindo-a da nulidade, pois está relacionada ao procedimento[41]. A lição merece ser repetida:

> "De necessidade fundamental distinguirmos o *juízo de admissibilidade* que todo magistrado deve, necessariamente, proferir sobre a validade do processo antes de decidir sobre a tutela pretendida pelos litigantes (mérito) do juízo que ele faz, *num processo válido,* a respeito da validade ou invalidade de atos que integram a série de atos constitutivos do procedimento. (...) foi de fácil percepção haver pressupostos que se revelavam como exigíveis, não para determinado ato do procedimento, sim para todos eles, quer explícita quer implicitamente. Isso significa que, ausentes ou defeituosos, contaminam *todos* os atos do procedimento, tornando-se inviável o próprio processo. A falta não suprida ou insusceptível de suprimento, bem como o defeito insanável ou não sanado de um desses pressupostos, dada sua abrangência, obsta o exame do mérito, pelo que se impõe a *extinção* do processo sem exame do mérito. Essa decretação comporta seu enquadramento no dever de saneamento do magistrado e, pode ser qualificada como um juízo de *inadmissibilidade"*.[42]

---

40. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil,* cit., p. 261. "Así hablamos no de demanda válida, si cumple las formalidades, sino admisible". (VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso.* 2ª. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 222.)
41. Mais à frente, o autor baiano afirma: "...aos litigantes são devidos dois juízos distintos, quando pleiteiam a tutela jurídica do Estado. Um, a respeito da validade do processo de que se fez participante – juízo de admissibilidade, em que se certifica, positiva ou negativamente, a adequação do processo às exigências do devido processo constitucional. Outro, só é devido se positivo o primeiro, em que se certifica positiva ou negativamente o direito à tutela pretendida". (ob. cit., p. 122.) Adiante, porém, afasta a inadmissibilidade da nulidade: "O que é inadmissível não é nulo, sim é afirmado como inapto para obrigar o magistrado a prosseguir prestando sua atividade jurisdicional no processo". (ob. cit., p. 158.)
42. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais,* cit., p. 116 e 117. Adiante, na p. 158, afirma: "O que é inadmissível não é nulo, sim é afirmado como inapto para obrigar o magistrado a prosseguir prestando sua atividade jurisdicional no processo. Entendo, assim, que o indeferimento a inicial é decisão sobre sua inadmissibilidade, não decretação da sua invalidade". No entanto, em outra obra, eis como se manifesta o mestre baiano sobre o mesmo tema: "A petição inicial, ato processual típico, pode, conseqüentemente, ser defeituosa. E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 213).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION297 297 4/10/2007 14:39:33

Embora Calmon de Passos distinga nulidade de inadmissibilidade[43-44] – o que não se faz neste trabalho, pois se considera a inadmissibilidade como a nulidade do procedimento[45-46] –, a sua compreensão do fenômeno é bastante útil ao desenvolvimento desse estudo, porquanto situe o juízo de admissibilidade no plano da validade dos atos jurídicos[47], o que está correto. Fundamental perceber, no entanto, que há "pressupostos" de todos os atos (do procedimento) e há "pressupostos" de cada ato: aqueles são chamados de pressupostos processuais[48].

O juízo de admissibilidade é categoria pertencente à teoria geral do processo e relaciona-se com determinadas características da relação jurídica processual: a complexidade e o dinamismo.

A inadmissibilidade é uma decisão que obsta o prosseguimento da atuação do magistrado, impedindo-o de examinar o mérito do ato postulatório (objeto

43. Também assim Enrique VESCOVI, que reconhece, contudo, que a admissibilidade está "muito próxima da validade". (*Teoría general del proceso*, cit., p. 222). Repita-se: a admissibilidade é o juízo da validade do procedimento.
44. James Goldschmidt distingue invalidade de inadmissibilidade, afirmando que essa última refere-se apenas aos atos processuais de obtenção (petições, afirmações, aportações de prova). O autor nega que os atos jurídicos de obtenção passem pelo plano da validade: submeter-se-iam a duas valorações, a admissibilidade e a valoração do seu conteúdo ("fundabilidad", se a postulação é fundada). (*Principios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1, p. 114-115). A premissa do autor é bastante questionável: afirmar que petições não passam pelo plano da validade, é ignorar, por exemplo, a petição assinada por agente incapaz (incapacidade postulatória) é nula, como, aliás, determina o art. 4º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Não se consegue distinguir o exame da admissibilidade do exame da validade desses atos jurídicos, notadamente quando o mesmo autor afirma, na p. 115, que os requisitos de admissibilidade são formais, como os são os requisitos de validade dos atos jurídicos de um modo geral. A transcrição de um excerto da obra do autor parece ser bem emblemática da dificuldade de separar o "inadmissível" do "inválido": "Un acto de obtención que cerece de los presupuestos o formas legales, no se atiende, si el defecto es tan craso que ele acto ni siquiera tenga la apariencia de tal; el acto defectuoso ha de recharzase como inadmisible..., a no ser que se admitiere una subsanación del defecto" (ob. cit., p. 177). Não observância de formas, defeito, sanação..., tudo isso está relacionado ao plano da validade dos atos jurídicos, como é cediço. Ademais, como bem demonstrou Paula Costa e Silva, os vícios de vontade também são relevantes nos atos postulatórios, comprometendo a sua validade (SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003).
45. Rosenberg não admite que se possa falar em validade ou invalidade do processo. Só os atos processuais podem ser válidos ou inválidos (ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p. 47). De fato, o processo, como relação jurídica, não pode ser inválido (ele existe ou não existe). Mas o procedimento, como ato jurídico que é, pode ser inválido. Demais disso, o autor cuida da invalidade como ineficácia, adotando premissas diferentes das aqui adotadas.
46. Antonio Janyr Dall´Agnol Jr. atentou para a circunstância, quando afirmou que "nulidades processuais" é expressão que tanto diz respeito à invalidade do ato processual como à do processo, como conjunto de atos processuais. (*Invalidades processuais.* Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 12.)
47. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais,* cit., p. 36-37.
48. Assim, Rosenberg, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p.45.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION298 298 4/10/2007 14:39:34

do ato conclusivo do procedimento), porque não permite o prosseguimento da marcha procedimental, de resto iniciada a partir de uma demanda (inicial ou incidental)[49]. A inadmissibilidade incorpora a idéia de obstáculo ao movimento; é figura complexa, que se relaciona com a criação de um impedimento ao ingresso de um ato processual no processo, ou numa fase deste [50].

Mas não é só.

A inadmissibilidade é invalidação do procedimento (ato jurídico complexo), a partir do reconhecimento de defeito que impede a apreciação daquilo que foi postulado (mérito), decisão essa que é o objeto do procedimento (objeto do ato final/conclusivo/típico). É, pois, sanção aplicável ao procedimento, que impede o magistrado de prosseguir o seu exame, enfrentando a questão de mérito posta para a sua decisão[51]. "Indeferimento" ou "não-conhecimento" são as expressões comumente utilizadas pelos magistrados na prolação do juízo de inadmissibilidade.

As causas de inadmissibilidade (como todas as causas de invalidade) devem ser contemporâneas à prática do ato. Fatos supervenientes podem comprometer a admissibilidade, certamente, mas é fundamental que se perceba que são os atos que compõem o procedimento os que serão afetados, não mais o ato que lhe originou (o ato postulatório). O procedimento, como ato-complexo (conjunto de atos), pode ser considerado inadmissível – e, portanto, obstaculizado o seu prosseguimento – por fatos que aconteçam durante o seu desenrolar, sem que isso retire do juízo de admissibilidade a característica de ser um juízo sobre a validade; basta que se saiba que apenas os atos posteriores ao fato superveniente poderão ser nulificados, não os anteriores, que praticados regularmente, não podem, então, ser invalidados.

Eis, portanto, as conclusões parciais a que se chega: a) o procedimento submete-se ao juízo de admissibilidade; b) o juízo de admissibilidade é o juízo sobre

49. Inadmissibilidade, para Calmon de Passos, é a "falta de aptidão do procedimento para alcançar seu resultado típico, ou, em palavras mais específicas do processo jurisdicional, para legitimar o exame do mérito". (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 38).

50. ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil.* Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 28, com base em lição de Enrico Altavilla.

51. Cumpre apontar a divergência de Aroldo Plínio Gonçalves, para quem não há invalidade de todo o procedimento; o autor distingue a nulidade das figuras do indeferimento da petição inicial e da extinção do processo sem julgamento do mérito (*Nulidades no processo*, cit., p. 41-42). Segundo o posicionamento aqui defendido, os casos de extinção do processo sem exame do mérito normalmente se encaixam na categoria da inadmissibilidade, que é o juízo de invalidade do procedimento.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION299 299 4/10/2007 14:39:34

a validade do ato-complexo procedimento; c) a inadmissibilidade é sanção que se aplica ao procedimento defeituoso.

Pode-se prosseguir.

É possível que surja a pergunta sobre qual seria a relevância de enquadrar-se o juízo de admissibilidade no plano da validade dos atos jurídicos. O próximo item cuidará de responder a essa possível indagação.

4. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E O SISTEMA DE INVALIDADES DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

4.1. Consideração introdutória

Se inadmissibilidade é sanção de invalidade do procedimento, a ela deve ser aplicado todo o sistema de invalidades regulado pelo Código de Processo, construído, como se sabe, exatamente para que nulidades não se decretem[52]. A decretação da inadmissibilidade do procedimento é sanção que somente deve ser aplicada quando não for possível ir adiante, em busca da solução do mérito – situação que deve ser encarada sempre como excepcional e malfazeja. É possível que tenha sido essa a razão pela qual Carnelutti considerava a extinção do processo sem exame do mérito uma das manifestações da crise do procedimento (ao lado da suspensão do processo): o processo não chega ao *ato final*, para o qual todos os demais atos do processo estavam direcionados, que é a solução do objeto litigioso[53].

Afirma-se que não há invalidades processuais de "pleno direito": toda invalidade processual precisa ser decretada[54]. Afirma-se, também, que somente se deve nulificar um ato do procedimento se não for possível aproveitá-lo – do

52. Daí a surpresa de Pontes de Miranda: "O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação". (*Comentários ao Código de Processo Civil.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 353.)
53. *Instituições do Processo Civil.* São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2, p. 171.
54. Neste sentido, apenas para exemplificar, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 162; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., *passim*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no* processo, cit., p. 76-82; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed, 2001, v. 2, p. 586-587; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil.* São Paulo: RT, 1991, p. 206-208; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 147; DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais.* Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION300 300 4/10/2007 14:39:34

mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas. Não há nulidade processual sem prejuízo. A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo. Concorda-se com essas premissas e se afirma: tudo isso deve ser aplicado ao juízo de admissibilidade, juízo de validade que é. Nada justifica o contrário – nem mesmo o pensamento de que os vícios que implicam inadmissibilidade, por serem mais graves, não permitiriam a adoção desta postura.

É possível, ainda, com base nessas premissas, ir mais além. Admite-se que o magistrado possa, não obstante um defeito do procedimento (falta de um requisito processual), em certos casos (ressalvados o impedimento/suspeição, se a favor do réu, e a incompetência absoluta), ignorando-o, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do demandante. Isso não causaria qualquer prejuízo ao demandado, muito ao contrário. Com base nas lições de Rimmelspacher, Miguel Teixeira de Sousa sistematiza a questão: os "pressupostos processuais" condicionam a produção de uma decisão de procedência, mas não o proferimento de uma sentença de improcedência[55]. E arremata, com razão: "A falta de um desses pressupostos não obsta à produção de uma decisão de mérito favorável à parte (ativa ou passiva) cuja posição processual seria protegida com a verificação do pressuposto"[56].

Assim, por exemplo, o magistrado poderia julgar improcedente o pedido do autor mesmo diante de um defeito da sua petição inicial, como a falta de juntada de documentos indispensáveis, ou da falta de comprovação do pagamento das custas processuais.

Ainda neste sentido, se o autor incapaz não regulariza sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 13, I, do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursal, porque a ausência de representação não causou prejuízo ao demandante (a incapacidade é uma técnica de proteção àquele que é considerado incapaz; se o defeito de capacidade não causou prejuízo àquele que se beneficia com essa exigência, não pode levar a uma decisão que lhe desfavoreça).

55. "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 66.
56. "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais", cit., p. 82.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION301 301 4/10/2007 14:39:34

Miguel Teixeira de Sousa ratifica esse entendimento, ao examinar a questão da possibilidade de o réu alegar a incapacidade processual do autor. Para o autor português, o pedido de extinção do processo em razão de defeito de capacidade processual do autor não pode ser formulado pelo réu, que não sofre com isso nenhum prejuízo:

> "Efetivamente, a aceitação de que a alegação da incapacidade judiciária (*lato sensu*) do autor é uma estratégia possível do réu é incompatível com o postulado de que a exigência dessa capacidade judiciária visa a proteção da parte ativa, porque de duas uma: – ou se admite que essa invocação tutela interesses do réu, que, aliás, não se vislumbram quais possam ser e o que contraria, de qualquer forma, a premissa de que esse pressuposto se orienta para a proteção do autor; – ou se aceita que o réu defende altruísticamente os interesses da contraparte, o que, apesar de louvável, não corresponde à posição e ao papel das partes em Juízo e para o que falta a essa parte passiva o necessário interesse processual. Não é admissível, por isso, a invocação pelo réu da incapacidade judiciária do autor. O que, em termos práticos, significa que, perante a alegação dessa exceção pelo réu, não é nulo, por omissão de pronúncia ..., o despacho ou a sentença que não se pronunciou sobre essa invocação e sobre aquela incapacidade".

Uma outra aplicação desta tese pode ser feita em relação à capacidade postulatória. Parte-se da premissa de que a exigência de representação processual por profissional habilitado (advogado), titular de capacidade postulatória, é uma técnica para proteger as pessoas juridicamente leigas, permitindo que defendam os seus direitos em juízo de modo mais efetivo e adequado. Assim, se a parte autora, sem estar representada por advogado, e, pois, sem capacidade postulatória, formula demanda que pode ser acolhida pelo magistrado, nada justifica a extinção do processo sem exame do mérito por falta do requisito processual, já que a sua não-observância não causou prejuízo à parte que se beneficia com a exigência (que é a parte autora). A inexistência de prejuízo é facilmente constatável: não obstante sem a participação do advogado, a parte conseguiu demonstrar a juridicidade do seu pleito. Não se pode prejudicar o autor, não acolhendo o pedido que se mostra justo, a pretexto de ajudá-lo, protegendo por estar desacompanhado de advogado. Do mesmo modo, se o réu se apresenta sem advogado, não deve o juiz indeferir a contestação, por falta de um requisito de validade (capacidade postulatória) e considerar o demandado revel. Deve o magistrado nomear um advogado dativo, que pode ser um defensor público, para ratificar a peça de defesa. É que uma norma de proteção, como aquela que exige a capacidade postulatória, não pode ser utilizada contra o seu

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION302 302 4/10/2007 14:39:35

beneficiário: a pretexto de proteger o réu, o juiz não recebe a sua defesa e o considera revel. Trata-se de aplicação da exigência formal de suprimento da incapacidade contra aquele que é protegido por ela, o incapaz, o que não se pode admitir.

Tudo isso é aplicação direta do disposto no art. 249, § 2º, do CPC brasileiro: "Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta"[57].

Talvez seja interessante pontuar algumas outras aplicações práticas desse pensamento.

4.2. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do procedimento principal. Noções sobre o princípio da cooperação

Outra importante aplicação prática desta proposta é a de impor ao magistrado os deveres de correção e de aproveitamento do procedimento, mesmo ausente um dos "pressupostos processuais" de validade[58]. Exige-se que o magistrado assuma o compromisso de fazer o possível para que o mérito seja examinado. Se houver defeitos processuais (ausência de algum requisito processual), deve ser sanado; se o defeito não causar prejuízo, o procedimento deve ser aproveitado e o mérito deve ser julgado etc. José Orlando Rocha de Carvalho realça esse aspecto, colocando-o como o ápice do seu trabalho – que se reputa fundamental, diga-se, para a correta percepção do fenômeno[59].

---

57. Após a publicação da tese de doutoramento referida na nota 1, outros trabalhos doutrinários surgiram, seguindo orientação doutrinária bastante semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006, p. 474-481; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual.* São Paulo: Malheiros Ed., 2006; HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
58. Examinado o tema à luz do princípio da proporcionalidade, Gisele Góes: "O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos". (*Princípio da proporcionalidade no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.)
59. CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 158-166.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION303 303 4/10/2007 14:39:35

Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha[60], França[61] e em Portugal[62] –, e já com alguma repercussão na doutrina brasileira[63], o chamado *princípio da cooperação*, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não apenas a de um mero fiscal de regras. Essa participação

60. § 139 da ZPO Alemã, alterado pela lei de 27.07.2001: *"Materielle Prozessleitung (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt,den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist iner Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann."* Em vernáculo, de acordo com a tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: "§ 139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático,especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível.Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito".
61. Art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês: "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu´il a relevés d´office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations». Em vernáculo, segundo a tradução de Eduardo Ferreira Jordão: «O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações».
62. Art. 266 do CPC de Portugal: "1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio".
63. Sobre o tema há os trabalhos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque e Lúcio Grassi, todos citados ao longo do texto.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION304 304 4/10/2007 14:39:35

não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio[64]. Trata-se de princípio que estrutura e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade.

Como afirma José Lebre de Freitas: "A progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva freqüentemente a falar duma *comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft)* entre as partes e o tribunal para a realização da função processual"[65].

O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.

O *dever de esclarecimento* "consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo"[66], para evitar decisões tomadas em impressões equivocadas/apressadas[67]. Assim: se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento

64. "Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. / Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". In "Garantias Constitucionais do Processo Civil". São Paulo: RT, 1999, p. 139; ainda do mesmo autor, "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 27-28; "Efetividade e processo de conhecimento". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64-68).

65. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168.

66. GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

67. Art. 266 do CPC de Portugal: "2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION305 305 4/10/2007 14:39:35

de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a conseqüência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo) – nesse sentido, n. 3 do § 139 da *ZPO* Alemã. É possível dizer, até, que, na dúvida, o magistrado deve reputar admissível (válido) o procedimento. Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere capacidade postulatória a não-advogados, o que torna ainda mais indispensável o cumprimento desse dever[68].

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*[69], sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e, por isso, não posta em contraditório, antes de decidir[70]. Eis o *dever de consultar*. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia[71]. Como cabe ao magistrado a investigação oficiosa dos requisitos de admis-

68. Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I do CPC brasileiro ("Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 51).

69. Art. 3º, 3, CPC Português: "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem". Ver os itens 2 e 3 do § 139 da ZPO Alemã, já citados. Sobre o tema, ainda, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório", cit., p. 144-145; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39; GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 53-56. Cf., ainda, julgado relatado por Araken de Assis, publicado na Revista Forense n. 338/301-309; TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 97, item 22; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz.* São Paulo: Método, 2004, p. 253.

70. "Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da *ZPO* já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão". *Temas de direito processual – 8ª série.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202.)

71. DIDIER Jr., Fredie. "Princípio do contraditório: aspectos práticos". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003, n.29, p. 510; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION306 306 4/10/2007 14:39:35

sibilidade do processo (§ 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental. Acaso o magistrado "descubra" a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão[72]. É certo, ainda, que o magistrado pode indeferir a petição inicial por motivos não relacionados à sua validade: é o caso da extinção com exame de mérito, em razão do reconhecimento de decadência legal ou prescrição (arts. 210 do CC-2002 e art. 219, § 5º, CPC). Nessas situações, por não se tratar de vícios do instrumento da demanda, não se poderia falar em correção do defeito. Mesmo nesses casos a garantia do contraditório se impõe. Examinado com atenção o dispositivo do art. 296 do CPC, que autoriza a retratação do magistrado, tendo havido apelação contra sentença que indefere a petição inicial, será fácil constatar a aplicação do mencionado princípio: permite-se ao demandante tentar convencer o magistrado sobre a inexistência da questão de mérito conhecida *ex officio* e sobre a qual não teve a oportunidade de manifestar-se.

Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado *dever de prevenção*. "O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo"[73]. No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito[74]. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC). Um outro exemplo seria o inciso V do art. 295 do CPC, que autoriza o indeferimento da petição inicial por escolha equivocada do procedimento, senão puder adaptar-se ao modelo legal. Nesses casos, deve sempre o magistrado intimar o demandante e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para que tome as providências que reputar necessárias. Finalmente, tem-se o

demanda examinados à luz do contraditório", cit., p. 39-42.

72. Muito interessante a ponderação de Rodrigo Mazzei: se o CPC impõe a ouvida do autor quando o réu alega a falta de um requisito de admissibilidade (art. 327), dando ensejo ao contraditório, por que também não se exigir o contraditório quando a falta for "alegada" pelo juiz? ("O manejo dos declaratórios pelo terceiro prejudicado". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 921-922, nota 127.)
73. GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real" cit., p. 52.
74. GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real" cit., p. 52.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION307 307 4/10/2007 14:39:36

caso do chamado interesse-adequação, examinado mais à frente, que consiste na exigência de formulação da providência jurisdicional adequada (procedimento ou técnica de decisão). Deixando de lado, por ora, a impropriedade do instituto, cabe ao magistrado indicar qual o tipo de providência jurisdicional adequada, não podendo reconhecer a carência de ação, sem que antes dê oportunidade à correção do defeito.

4.3. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do recurso

Essa conclusão também se aplica ao juízo de admissibilidade dos recursos – embora se reconheça que, para evitar chicanas processuais e para que não se comprometa demasiadamente a celeridade processual, a possibilidade de correção dos defeitos deva ser minimizada, mas não eliminada[75]. Eis algumas aplicações.

O próprio princípio da fungibilidade dos recursos, que diz respeito ao requisito de admissibilidade "cabimento", é uma manifestação clara de que ao juízo de admissibilidade dos recursos deve ser aplicado o sistema das invalidades. Na verdade, o princípio da fungibilidade é a aplicação, no processo, da regra da conversão do ato nulo, já consagrada no direito brasileiro, inclusive em nível legislativo[76]. Ademais, o princípio da fungibilidade diz respeito a qualquer juízo de admissibilidade, como vem pugnando a mais prestigiada doutrina[77]: em recente alteração legislativa, consagrou-se, por exemplo, a fungibilidade das medidas urgentes (art. 273, § 7º, CPC)[78].

---

75. "Registro de passagem inexistir no regime atual do Código de 1973 qualquer regra a impor ao relator do agravo o indeferimento liminar na falta de peças essenciais, pois vedado não está o suprimento da falta, seja no art. 527, *caput*, seja no art. 557. A sanação aqui defendida encontra-se, aliás, em sintonia com o valor relativo das formas legais, assentado no sistema das nulidades adotado entre nós". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e processo de conhecimento". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64)
76. Confrontando a fungibilidade dos recursos com o regime das invalidades em direito público, notadamente no direito administrativo, e considerando-a espécie de "conversão", WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença,* cit., p. 158. Também relacionando fungibilidade dos recursos com o sistema das invalidades processuais, THEODORO Jr., Humberto. "Teoria geral dos recursos civis". *O processo civil no limiar do novo século.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 169.
77. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001, p. 1.090-1.144.
78. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. *A nova reforma processual.* 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83-94.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION308 308 4/10/2007 14:39:36

Há decisões, ainda, que aplicam o princípio da cooperação no âmbito recursal, para a correção de defeitos do instrumento do recurso[79], por exemplo, embora tal comportamento seja raro[80].

Finalmente, veja-se o caso da interpretação correta que se deve dar ao parágrafo único do art. 526 do CPC, que impõe a necessidade de comprovação, perante o juízo *a quo*, da interposição do agravo de instrumento. A sua aplicação deve ser feita de acordo com o sistema das invalidades do CPC[81].

A lei silencia a respeito da existência de prazo para o agravado alegar e provar a não-juntada dos documentos no juízo *a quo*. Uma primeira interpretação – talvez influenciada pela concepção assente de que os requisitos de admissibilidade dos recursos podem ser investigados a qualquer tempo – poderia dar a entender que não haveria prazo, pois a lei nada estabelece a respeito disso. Não é isto o que se pensa, porém.

Ao impor um requisito de admissibilidade do procedimento recursal, o dispositivo tem de ser interpretado dentro do sistema de invalidades do Código. E assim prescreve o art. 245, CPC: "A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento". Como não se trata de questão que pode ser conhecida de ofício[82] – caso

79. A 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão, ainda que de forma enviesada, no julgamento do REsp n. 280.875-RJ, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 09.10.2001, DJ 04.03.2002, no qual ficou decidido que: "Se a peça não se acha prevista no art. 525, I, do CPC, como essencial, porém se revela indispensável ao exame da controvérsia segundo entendimento do órgão julgador, deve ele ou diligenciar para que ela seja juntada, ou determinar que o agravante complemente a instrução. Incabível, pois, o não conhecimento do agravo por ausência de documento não essencial, caso de petição que supostamente teria dado origem à prova pericial cujos ônus foram atribuídos à ré". Embora os requisitos de admissibilidade do recurso possam ser investigados de ofício pelo magistrado, não pode ele exigir que a parte se desincumba de um ônus, que estava previsto apenas em sua cabeça, sem que se lhe tenha dado o alerta, fundamental na hipótese.
80. "A Corte Especial, diante das divergências de julgados, reafirmou entendimento, por maioria, no sentido de que o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522, como o do art. 544, ambos do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias (previstas na Lei Processual), bem como aquelas necessárias à correta compreensão do incidente nos termos do art. 525, II, do CPC. A ausência de qualquer delas, obrigatórias ou necessárias, obsta o conhecimento do agravo. Não é também possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça". Precedente citado: REsp 449.486-PR, DJ 24.2.2003. EREsp n. 509.394-RS**, Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 18.8.2004, Informativo n. 218 do STJ.**
81. DIDIER Jr., Fredie. "Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais)". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação das decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2003, p. 286-290.
82. Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 508.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION309 309 4/10/2007 14:39:36

raro, talvez único, em que se negue ao tribunal o conhecimento *ex officio* de um requisito de admissibilidade do recurso –, o descumprimento do ônus do art. 526 enquadra-se na hipótese normativa do *caput* do art. 245. Assim, o agravado deve alegá-lo nas contra-razões – normalmente o primeiro momento que lhe cabe falar nos autos –, sob pena de preclusão. Não se poderia interpretar o dispositivo como se fosse uma ilha dentro do ordenamento. A incidência do art. 245 é, pois, indiscutível. Outra interpretação poderia levar, ainda, a chicanas processuais: o agravado se calaria, deixando para o último momento possível esta "arma", que somente ele poderia manejar[83].

4.4. Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais.

Tudo o quanto foi dito aplica-se ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais. Observem-se dois exemplos elucidativos: exceções instrumentais e reconvenção.

A exceção de incompetência relativa deve ser ajuizada em peça apartada da contestação, que será autuada em apenso (arts. 112, 299 e 304 do CPC). Trata-se, pois, de requisito processual de admissibilidade deste incidente do procedimento principal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, corretamente, tem entendido que a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, como preliminar, por não causar prejuízo, não pode ser desconsiderada[84].

Do mesmo modo, a reconvenção deve ser ajuizada em peça autônoma (art. 299 do CPC). A elaboração em peça única, porém, desde que se possam identificar os dois atos, não deve levar à inadmissibilidade do procedimento da reconvenção[85].

---

83. O agravo de instrumento não será admitido, necessariamente, se for alegada e provada, pelo agravado, a não-juntada da documentação no juízo *a quo*? Não. Como se trata de requisito formal criado com o objetivo de favorecer o agravado, quando o seu desrespeito não gerar prejuízo (art. 244 do CPC) – no caso, a dificuldade de acesso ao conteúdo do agravo–, não será possível considerar-se inadmissível o agravo de instrumento interposto. Também aqui urge compatibilizar os sistemas de admissibilidade do recurso e o das invalidades processuais. A propósito, José Rogério Cruz e Tucci: "Observa-se, pois, que a reforma, nesse particular, dá ênfase ao formalismo em detrimento da finalidade do ato, visto que, em muitas situações, como naquelas ocorrentes nas comarcas das Capitais, a consulta dos autos de agravo no tribunal é muito mais simples e facilitada do que o exame no cartório de primeiro grau". (*Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p.115).

84. 2ª. Seção, RESP 169176/DF, rel. Min. Castro Filho, j. 25.06.2003, DJ de 12.08.2003, p. 185; 4ª. T., RESP 293042/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 25.09.2001, DJ de 04.02.2002, p. 379. Em sentido contrário, porém, não admitindo a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, 1ª. T., RESP 380705/AL, rel. Min. Garcia Vieira, j. 07.03.2002, DJ de 08.04.2002, p. 153.

85. STJ, 5ª. T., RESP 549587/PE 2003/0099712-8, rel. Min. Felix Fischer, j. 23.03.2004, DJ de 10.05.2004, p. 335. Nesse sentido, com amplas referências jurisprudenciais, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION310 310 4/10/2007 14:39:37

5. NATUREZA JURÍDICA DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Diante do que foi exposto, adota-se o seguinte posicionamento sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade: a) se *positivo*, será um juízo declaratório da eficácia, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para a prolação da decisão sobre o objeto posto sob apreciação); b) se *negativo*, será um juízo constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) ao ato-complexo, que se apresenta defeituoso/viciado[86].

Mais difícil é a resposta a uma segunda questão: o juízo de inadmissibilidade produz efeitos retroativos ou *ex nunc*?

Tendo em vista que os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a decretação da sua invalidade – premissa já levantada –, a conclusão só pode ser uma: o juízo de inadmissibilidade produz efeitos *ex nunc*, respeitando os efeitos até então produzidos pelos atos do procedimento já praticados. Nada impede, porém, que se prevejam hipóteses em que haja retroatividade do juízo de inadmissibilidade, destruindo os efeitos já operados – desde que se faça isso expressamente, para evitar surpresas aos litigantes. Nem por isso deixará de ser constitutiva a decisão: não se desconhecem decisões constitutivas-negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (art. 182 do CC-2002)[87].

Não é esse, contudo, o pensamento que predomina na doutrina brasileira.

Como já se disse, os estudos sobre o juízo de admissibilidade concentraram-se no âmbito recursal. A conclusão a que chegaram os que se debruçaram sobre o assunto diverge daquela ora defendida no que diz respeito ao juízo de inadmissibilidade, que é visto como um juízo declaratório negativo, com eficácia

---

de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais, cit., p. 160.

86. Referindo-se ao juízo de admissibilidade dos recursos, Pontes de Miranda: "O ato do juiz que lhes nega seguimento é constitutivo negativo, a despeito da forte dose de declaração. O ato do juiz que manda que subam é declarativo-mandamental". (*Comentários ao Código de Processo Civil.* 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 7, p. 8). Mais a frente, porém, o autor adota outro posicionamento: "*a)* Se o juízo *ad quem* não conhece do recurso, a instância superior não se abriu, não houve. A decisão é declarativa negativa de ter havido recurso. (...) Toda decisão de conhecimento ou não-conhecimento de recurso é resolução de declaração, positiva ou negativa, da extensão da relação jurídica processual até o juízo do recurso". (ob. cit., p. 181.)

87. "Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente". A propósito, "As sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente *ex nunc*, podem, nalguns casos, produzi-los *ex tunc*. Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade, e a que anula ato jurídico, nas hipóteses do art. 147 [atual 182] do Código Civil". (Moreira, José Carlos Barbosa. "Eficácia da sentença de interdição por alienação mental". *Temas de Direito Processual. 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 187 – texto entre colchetes não consta do original.)

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION311 311 4/10/2007 14:39:37

retroativa. Embora não tenha sido examinada a natureza jurídica do juízo de admissibilidade do processo, as conclusões a que chegaram os doutrinadores são úteis ao desenvolvimento deste estudo.

O mais notável e notório de todos esses estudos empreendidos foi o elaborado por José Carlos Barbosa Moreira, cujas lições, sintetizadas, servem à guisa de demonstração dessa posição divergente.

a) Somente os recursos admissíveis produzem efeitos[88]. b) O juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, tem natureza declaratória: "ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou inexistência de tais requisitos é, todavia, *anterior* ao pronunciamento, que não a *gera*, mas simplesmente *a reconhece*"[89]. c) Exatamente por conta disso, o juízo de admissibilidade negativo tem efeitos retroativos à data em que se verificar a causa da inadmissibilidade[90]. O pensamento de Barbosa Moreira é absolutamente coerente com as suas premissas; neste ponto, é irretocável[91].

Discorda-se das premissas, porém.

a) Os atos processuais, mesmo os defeituosos, produzem efeitos até o seu desfazimento – mesmo que esse desfazimento se dê por força de invalidação judicial. Trata-se, aliás, conforme visto, de posição razoavelmente assente na

88. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo* Civil, 11ª ed., cit., p. 256.
89. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo* Civil, 11ª ed., cit., p. 264. No mesmo sentido, NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 266-267; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos,* cit., p. 52, embora não lhe atribua eficácia *ex tunc* em todas as hipóteses.
90. "O juízo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição, se positivo, tem como efeito precípuo o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*; se negativo, o de trancar-lhe essa via. Ressalve-se a possibilidade, que se enseja ao recorrente, de interpor, para o órgão a que competiria o julgamento do recurso denegado, outro recurso, ou remédio análogo, contra a decisão que, no grau inferior, lhe barra a via recursal. Passado em julgado essa decisão, a situação da outra, contra a qual se interpusera recurso inadmissível, se este já o era *ab initio*, equipara-se à situação que ela teria caso não houvesse ocorrido a interposição, que não impediu a formação da *res iudicata*; se o recurso era admissível, e só deixou de o ser por fato superveniente, a interposição obstou à produção da coisa julgada, mas o obstáculo desapareceu no momento em que se configurou a inadmissibilidade posterior. (...) *Recurso inadmissível*, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexiste outro óbice (isto é, outro recurso *ainda admissível*, ou sujeição da matéria, *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: *não a partir da decisão que a pronuncia,* pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo* Civil, cit., p. 265.)
91. Lembre-se que, segundo o autor, a nulidade dos atos jurídicos é declarada, porque o ato nulo não produz efeitos desde o momento do seu nascimento (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 229)

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION312 312 4/10/2007 14:39:37

doutrina. Se a inadmissibilidade é uma sanção de invalidação, o procedimento só se torna inadmissível, mesmo o recursal, após a decisão judicial que decreta a nulificação. Sendo assim, o procedimento, enquanto não invalidado, produz efeitos, notadamente aqueles relacionados à litispendência: mantém litigiosa a coisa, impede o trânsito em julgado e a propositura da mesma demanda etc.

b) Em todo juízo constitutivo negativo, notadamente naquele relacionado às invalidades, há o reconhecimento de uma situação de fato anterior, tomada como a premissa fática da decisão que autoriza a criação de uma nova situação jurídica: sanção de ineficácia do ato jurídico defeituoso. Seguem alguns exemplos. Na interdição, toma-se a alienação mental, fato anterior, como apto a retirar do sujeito a sua capacidade (desconstituição da capacidade, situação jurídica nova); na anulação de ato jurídico, leva-se em conta o vício de vontade (coação, dolo, erro etc.), necessariamente anterior à prática do ato, para desconstituí-lo; na ação rescisória, verifica-se a existência de uma das hipóteses do art. 485 do CPC para, então, desconstituir a coisa julgada; na falência, investiga-se a insolvência do comerciante para, então, retirar-lhe a capacidade de gerir a sua empresa. Não é, portanto, característica exclusiva dos juízos declaratórios o reconhecimento de fatos anteriores à decisão.

c) Quanto à retroatividade do juízo de inadmissibilidade à data em que se verificou a causa de inadmissibilidade, não se apresentam maiores problemas de ordem dogmática. Consoante foi apontado, nada impede que o legislador autorize a retroação da eficácia da decisão que invalida o ato jurídico ao momento exatamente anterior ao da prática do ato. Foi essa a opção do legislador civil, pois a invalidação por nulidade ou anulabilidade determina essa eficácia retroativa.

Há problemas, contudo, examinada a questão do ponto de vista prático – e de olhos fixos no direito fundamental à segurança jurídica[92].

Adotada a concepção majoritária, se o tribunal, após três anos da interposição da apelação, "declarar" a sua inadmissibilidade, o recurso não terá produzido qualquer efeito, a sentença já estará imune pela coisa julgada e o prazo da ação rescisória, que é de dois anos, já teria escoado. Enquanto pendente o recurso, não se poderia ingressar com a ação rescisória, pois ainda não havia coisa julgada; não admitido o recurso, também não poderá fazê-lo, agora pela razão de

92. Examinando o direito à segurança jurídica segundo a perspectiva dos direitos fundamentais, MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material)". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 31, p. 142 e segs.; *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JUSPodivm, 2004, p. 159 e segs.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION313 313 4/10/2007 14:39:37

que a coisa julgada já teria ocorrido (?). Há tribunais em que o tempo-médio para a distribuição de uma apelação é de quatro anos. A situação é, no mínimo, curiosa. Perder-se-ia, pela decadência (não-exercício em certo prazo), o direito de rescindir a sentença, sem que tivesse sido possível o exercício desse mesmo direito: não se exercitou o direito porque não era possível, mas, a despeito disso, o direito deixou de existir por conta do não-exercício. O raciocínio é, no mínimo, esquisito.

O mesmo acontece em relação aos embargos de declaração. Aplicada a concepção predominante, os embargos reputados inadmissíveis não teriam o condão de interromper o prazo para a interposição do outro recurso; assim, se, entre a data da interposição dos embargos e a decisão que não os admitiu, houver transcorrido o prazo para o recurso "principal", a decisão teria transitado em julgado desde a data da interposição, a despeito da pendência dos embargos contra ela interpostos. A insegurança jurídica que esse posicionamento proporciona é manifesta. O mesmo ocorreria em relação a qualquer dos outros requisitos de admissibilidade.

A jurisprudência vacila em torno do assunto. Afirma-se que o trânsito em julgado não pode ocorrer enquanto pendente julgamento do recurso, mesmo que, futuramente, este venha a não ser admitido. Ressalva-se, no entanto, a situação do recurso manifestamente intempestivo ou incabível, quando o futuro juízo de inadmissibilidade teria, de fato, eficácia retroativa, reconhecendo o órgão judicial o trânsito em julgado desde a data seguinte ao *dies ad quem* do prazo para a interposição do recurso[93-94].

93. A síntese do problema encontra-se em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro.* 3ª. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 102-103, nota 17. Nesse sentido, por exemplo, STJ, REsp n. 389.216-PR, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 12/3/2002: "O prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória tem como termo *a quo* o trânsito em julgado do acórdão que não conheceu da apelação; somente se conta a partir do décimo quinto dia da publicação da sentença de primeiro grau quando o recurso for intempestivo. Precedentes citados: REsp n. 34.014-RJ, DJ 7/11/1994; REsp n. 5.722-MG, DJ 25/11/1991, e REsp 18.691-RJ, DJ 28/11/1994". Também assim, o enunciado n. 100 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho: "I – O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subseqüente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. (...) III – Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protrai o termo inicial do prazo decadencial".

94. Adota esse posicionamento "intermediário", acrescentando hipótese de juízo de inadmissibilidade com eficácia *ex tunc* a do recurso sem preparo, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54. Bernardo Pimentel Souza afirma, em outra linha, que o juízo de admissibilidade negativo tem efeito *ex nunc*, sem distinguir as causas de inadmissibilidade, (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.* 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29), embora reconheça que prevalece a posição intermediária (ob. cit., p. 768-769).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION314 314 4/10/2007 14:39:37

Esse posicionamento, embora razoável, também gera insegurança, pois feito sem qualquer respaldo legal: retroage-se a eficácia do juízo de inadmissibilidade em uma hipótese e não nas demais.

O que justifica este tratamento diferente?[95] Talvez seja a circunstância de a intempestividade poder ser constatada mais objetivamente, sem maiores discussões doutrinárias. Sucede que isso não convence: a) quer porque há discussões sérias quanto à tempestividade[96]; b) quer porque outros requisitos de admissibilidade também podem ser examinados mais objetivamente, como é o caso da regularidade formal e do preparo. A questão, pois, não deve ser solucionada casuisticamente. A construção de Barbosa Moreira é séria, coerente e tem respaldo dogmático (aliás, como sempre); o que se não pode aceitar é que se a admita em uns casos e se a repila em outros, sem que, em nenhum dos dois momentos, se neguem a suas premissas. É sempre importante lembrar a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.: a dogmática serve para emprestar previsibilidade às decisões e, portanto, segurança; a ela cabe a tarefa de criar critérios objetivos para resolver o problema da decidibilidade dos conflitos, de modo que é correto dizer-se que "não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos"[97].

95. Coerente Nelson Nery Jr., adepto da concepção dominante, quando questiona essa solução jurisprudencial (*Teoria geral dos recursos.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 267, nota 165).

96. Basta que sejam citados dois exemplos. Primeiro, a esdrúxula tese da intempestividade do recurso prematuro: o STF vem, reiteradamente, afirmando que recurso interposto antes do prazo (antes da intimação da decisão) é intempestivo (por exemplo, STF, 2ª. T., AI n. 375.124, j. 28.05.2002, rel. Celso de Mello, publicado no DJU 28.06.2002). Os fundamentos não se sustentam, até mesmo pela irrazoabilidade: se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação. Em razão das suas críticas severas, é conveniente a leitura de DINAMARCO, Cândido Rangel. "Tempestividade dos recursos". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2004, n. 16, p. 9-23; MACHADO, Hugo de Brito. "Extemporaneidade de recurso prematuro". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n 8, p. 58-66. No final de 2004, porém, a Corte Especial do STJ, no ERESP n. 492.461, considerou possível a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. A medida, que se contrapõe a jurisprudência anteriormente firmada no Tribunal, decorre de decisão tomada pela maioria dos ministros da Corte Especial. O próprio STJ divulgou a notícia no dia 23 de novembro de 2004, por meio do seu *clipping* eletrônico. O segundo exemplo relaciona-se com a contagem do prazo quando há litisconsórcio, em que os litisconsortes estão representados por advogados diferentes, mas um deles é excluído do processo na decisão recorrida: aplica-se ou não a regra do art. 191 que impõe a contagem em dobro nos casos de litisconsortes com procuradores diversos? A questão é tormentosa e chegou ao Supremo Tribunal Federal, que consolidou a sua jurisprudência no verbete n. 641 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido". Por exemplo, STF, Pleno, AI 330106 AgR-QO/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 12.06.2002, publicado no DJU de 28.06.2002, p. 88.

97. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação.* São Paulo: Atlas, 1994, p. 51. Sobre a decidibilidade como problema central da dogmática jurídica, vale a lição desse autor: "Nesse sentido, o seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION315 315 4/10/2007 14:39:38

Aplicada a concepção majoritária ao juízo de inadmissibilidade do procedimento principal, poder-se-ia concluir que, uma vez extinto o processo sem julgamento do mérito, em razão da falta de um dos seus requisitos de admissibilidade, não preenchido desde o momento da formação da relação jurídica processual (art. 263 do CPC), a citação, eventualmente já feita, não teria interrompido a prescrição, já que a inadmissibilidade teria efeito retroativo – e, se o tempo do processo já correspondesse ao prazo de prescrição (atualmente diminuídos pelo novo Código Civil), ao demandante não restaria alternativa, pois prescrita estaria a sua pretensão[98].

É necessário manter coerência com as premissas aqui levantadas.

Se o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade; se a invalidação é uma decisão constitutiva; se os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a sua invalidação, conclusões já expostas e fundamentadas, a solução não pode ser outra: o juízo de inadmissibilidade é constitutivo negativo e tem eficácia *ex nunc*, ressalvada expressa previsão legal que determine a eficácia *ex tunc*, que a princípio não se reputa conveniente[99], tendo em vista que os atos processuais, e o procedimento em particular, produzem efeitos até que seja decretada a sua invalidade (inadmissibilidade, no caso do procedimento). Basta que se examine o juízo de admissibilidade como um juízo sobre a validade do procedimento para

dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras" (ob. cit., p. 91)

98. A discussão era intensa sob a vigência do Código Civil de 1916, em razão do art. 175 do CPC: "A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circunducta, ou por se achar perempta a instância ou ação". A interpretação literal prevalecia: citado validamente o réu, mas tendo havido a extinção do processo sem julgamento do mérito posteriormente, o efeito interruptivo da prescrição que se efetivara seria desconsiderado. Sobre o tema, adotando a concepção majoritária, e com excelente exposição da problemática, CAHALI, Yussef Said. *Aspectos processuais da prescrição e da decadência.* São Paulo: RT, 1979, p. 46-52. Não foi repetida essa regra, porém, no novo Código Civil – ainda bem, diga-se. O despacho citatório, com a efetivação posterior da citação nos moldes em que prevista pela legislação processual, interrompe a prescrição, que só volta a correr após o trânsito em julgado da última decisão do processo que serviu para interrompê-la (art. 202, I e par. ún, CC-2002).

99. É razoável que remanesça a seguinte dúvida: o recurso interposto um ano após o término do prazo impediria a coisa julgada, que já teria ocorrido (o exemplo é teratológico, de fato, mas serve como argumento a partir do absurdo)? Parece-nos que as situações aberrantes, em que escancaradamente há intempestividade, devem ser resolvidas caso a caso, de acordo com o princípio da razoabilidade, sendo permitido reconhecer-se a retroatividade do juízo de inadmissibilidade. E não há nisso qualquer concessão à insegurança. A lei serve às situações gerais, normais; situações excepcionais e absurdas não merecem tratamento legislativo, devendo ser transferida ao magistrado a tarefa de encontrar a norma concreta que as regule. Sempre foi assim. A partir do momento em que a lei regula expressamente uma situação, ela deixa de ser excepcional. Por isso, não se reputa conveniente um dispositivo legal que estabeleça, em abstrato, que a decisão de inadmissibilidade por tal motivo será *ex tunc* e, por outro, *ex nunc*. É melhor que se firme a regra da irretroatividade do juízo de admissibilidade negativo; a retroatividade, como no exemplo dado, seria determinada excepcionalmente, em situações aberrantes.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION316 316 4/10/2007 14:39:38

que o enquadramento jurídico dos fatos processuais mencionados torne-se mais fácil – e a solução das intrincadas questões que a eles se relacionam será dada com respaldo dogmático que propicie maior segurança.

6. EFEITOS DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO

Não parece correta a afirmação freqüente de que o juízo de inadmissibilidade do processo implica a sua extinção – muito menos é correta a afirmação de que a extinção sem julgamento do mérito é conseqüência do juízo de inadmissibilidade. Não se devem buscar nas conseqüências de um fato jurídico (no caso, o ilícito processual nulificante de desrespeito a algum requisito de admissibilidade) os elementos para a investigação da sua essência – embora seja inegável a utilidade de algumas classificações ou sistematizações feitas tendo-se em mira a eficácia dos fatos jurídicos.

A inadmissibilidade implica invalidação do procedimento, isso é certo. Da decisão que não o admite surgem efeitos anexos, sendo que o mais notório deles é a extinção do processo (art. 267, IV, CPC). Nem todo juízo de inadmissibilidade do processo, porém, implica a sua extinção; como também nem toda extinção do processo sem exame do mérito decorre da sua inadmissibilidade.

Se a inadmissibilidade for de procedimento incidental (reconvenção, por exemplo) ou se for parcial (atingir apenas uma parte do objeto litigioso do processo, que é o objeto do ato final do procedimento, como foi visto), desse juízo negativo não decorrerá a extinção do processo: a) no primeiro caso, porque o processo prosseguirá para a solução do objeto litigioso do procedimento principal; b) no segundo, porque prosseguirá em relação à parcela do objeto litigioso do processo que foi admitida.

No caso de incompetência do juízo (falta de "pressuposto processual" de validade de todo o procedimento), em vez de determinar a extinção do processo, o legislador impôs, como regra, a remessa dos autos ao juízo competente, pouco importando a gravidade do desrespeito à regra de competência (arts. 112 e 113 do CPC, com algumas exceções, adiante examinadas).

Até mesmo em relação ao procedimento recursal é possível identificar conseqüência do juízo de inadmissibilidade diversa da extinção do procedimento: no caso do agravo de instrumento interposto em situação não havida como de urgência, ao invés de determinar a extinção do procedimento, o legislador autoriza o relator a converter o recurso em agravo retido (art. 527, II, CPC), aproveitando o ato processual já praticado sem prejudicar o recorrente – que, produzido o

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION317 317 4/10/2007 14:39:38

efeito tradicional de extinção do procedimento recursal, sofreria com a preclusão consumativa do direito de impugnar a decisão recorrida.

Como se pôde perceber, as conseqüências do juízo de inadmissibilidade do procedimento podem ser as mais diversas, e não somente a extinção do processo, como se poderia supor a partir da leitura do art. 267, IV, CPC. Encarado o fenômeno pela perspectiva do sistema das invalidades processuais, é possível afirmar que somente deve ser extinto o processo nas hipóteses em que o aproveitamento dos atos do procedimento, com o conseqüente prosseguimento da marcha, mostrar-se, do ponto de vista prático (operacional), impossível. A extinção do processo sem exame do mérito deve ser encarada por todos, principalmente pelo magistrado, como o resultado de um fracasso.

Também não se pode afirmar que toda extinção do processo sem exame do mérito decorre de um juízo de inadmissibilidade. Basta pensar na extinção decorrente do da morte do autor, conjugada com a intransmissibilidade do direito discutido (inciso IX do art. 267 do CPC) e na extinção do processo em razão da desistência (inciso VIII do art. 267 do CPC) ou do abandono do autor (inciso III do art. 267 do CPC). Não são resultados de um juízo de inadmissibilidade do processo, pois não se constata qualquer vício que pudesse levar à invalidação: trata-se de causas de extinção do processo por fatos posteriores à prática dos atos do procedimento, portanto jamais relacionadas à sua validade, assemelhadas à morte nos contratos *intuitu personae*, no primeiro caso, e a revogação (causa extintiva de atos jurídicos por fato que lhe é posterior), nos dois últimos.

Assim, é possível estabelecer uma relação entre o juízo de inadmissibilidade e a extinção do processo sem exame do mérito: causa-conseqüência. Mas essa relação não é necessária: tanto o juízo de inadmissibilidade pode produzir outras conseqüências, como a extinção do processo sem exame do mérito pode resultar de outras causas.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION318 318 4/10/2007 14:39:38

CAPÍTULO XIV

ELEMENTOS PARA UMA LEITURA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL A PARTIR E À LUZ DA CONSTITUIÇÃO – O CHAMADO "MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL" E A GARANTIA DE TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA AOS DIREITOS ALEGADAMENTE VIOLADOS

Guilherme Peres de Oliveira*

Sumário: 1. Ascensão e queda (ou enfraquecimento) do paradigma positivista – 2. O pós-positivismo e seu consentâneo da Teoria da Constituição: o neoconstitucionalismo – 3 A necessária leitura do Direito Processual Civil a partir e à luz da Constituição – 4. Elementos para uma leitura do Direito Processual Civil a partir e à luz da Constituição – o chamado "modelo constitucional do processo civil" – 5. O controle difuso da constitucionalidade das regras processuais – 6. O controle difuso através da chamada "ponderação proporcional" – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

1. ASCENSÃO E QUEDA (OU ENFRAQUECIMENTO) DO PARADIGMA POSITIVISTA

Erigido sobre as bases do paradigma moderno, posto que durante sua fase de decadência, o positivismo jurídico foi um sólido edifício durante mais de meio século.

O frenesi da cientificidade, que, no cenário mais amplo, levava à crença irrestrita de que o conhecimento secular era uma espécie de panacéia para todos os males da humanidade, e que conduziria os homens inexoravelmente à "paz perpétua"[1], certamente influenciou os teóricos do Direito. Impossível que fosse diferente: mesmo os grandes filósofos, que se aventuram na busca do universal e do imutável, não deixam nunca de ser, em alguma medida, produto de seu tempo e da sociedade em que vivem. Vide o exemplo do imperativo categórico de Kant[2].

(*) Graduando em Direito pela PUC-Rio.

1. V. Kant, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988.
2. O próprio Hans Kelsen, verdadeiro arauto do positivismo jurídico, dirige exatamente tal crítica ao pensador de Königsberg (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Tradução: Luís Carlos Borges e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p 19.), e mesmo pensadores jusnaturalistas como Tomásio e Montesquieu já admitiam, de certa forma, ser o Direito um produto das condições naturais e sociais do espírito da época (cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno.* Tradução: A.M. Botelho Hespanha. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, P. 404.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION319 319 4/10/2007 14:39:38

No entanto, apesar da natural influência no plano mais arcaico, o positivismo jurídico, de certa forma, erige-se como negação de alguns aspectos do paradigma moderno, já que esse, conforme mencionado de início, estava em franca decadência.

Cunhado a partir do desenvolvimento da escola histórica do Direito, iniciada com Gustav Hugo[3], a qual, por sua vez, surge como uma reação às características impressas no Direito pela razão prática iluminista, a idéia por trás do positivismo sempre foi a mutabilidade dos institutos jurídicos, em oposição à estática característica da deontologia racional iluminista.[4]

Alguns fatores históricos vêm em socorro desse processo, tais como o surgimento do Estado Moderno e sua centralidade codificadora, a separação de poderes e a conseqüente despolitização do poder judiciário, além de conceitos como a centralidade da lei no sistema jurídico, a concepção da ordem jurídica como sistema normativo, a proibição da decisão *contra legem*, a distinção entre fontes formais e materiais, entre direitos objetivos e subjetivos, etc. Conclui-se, portanto, que a centralização do fenômeno jurídico na lei escrita e as figuras dogmáticas estão no cerne do fenômeno da positivação do direito.[5]

Em verdade, a única herança diretamente recebida da modernidade por essa escola foi a noção de sistema[6], que lhe é tão essencial. Assim, pode-se vislumbrar na nova idéia de sistema jurídico (de leis, principalmente) fechado e suficiente em si, um legado dos sistemas filosóficos como o kantiano, por exemplo.

---

3. Cf. WIEACKER, Franz. *Op. Cit*., p. 430.
4. Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito.* Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone editora, 1995, p. 45. Em sentido ligeiramente diverso, apontando a filosofia crítica kantiana como marco do declínio do jusracionalismo, v. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. *In:* KAUFMANN, A.; HASSAMER, W. *Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.* Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 95. e RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito.* Tradução: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.26. Nesse mesmo sentido, OTFRIED HÖFFE chama de "virada kantiana" a reaproximação entre ética e direito. A respeito da expressão, v. LOBO TORRES, Ricardo. A cidadania multidimensional da Era dos Direitos, *in: Teoria dos Direitos Fundamentais (obra coletiva).* Renovar, 1999, p. 248/249.
5. Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.* São Paulo: Atlas, 1988, p. 78. Trata-se, como é patente, de tentativa de síntese e sistematização das características gerais do Positivismo Jurídico, de forma a não extrapolar os limites do presente trabalho. Alerta-se, portanto, para a possibilidade de variações em alguns desses aspectos. A centralidade da lei, por exemplo, não pode ser afirmada quando se trata do sistema do *Common Law* ou quando se toma por parâmetro o Direito supranacional.
6. Para uma noção de sistema jurídico, impregnado das qualidades que lhe emprestou a escola positivista, em especial a logicidade, v. COELHO, Fabio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001. pp.47 e ss. Cf., outrossim, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 12 e ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION320 320 4/10/2007 14:39:39

Outra noção é também central para a escola positivista: a de que as normas jurídicas, enquanto criações do homem e destinadas também a ele, devem surgir de sua vontade, e não da natureza (seja ela transcendente ou racional).

Dessa forma, retira-se do Direito tudo aquilo que lhe emprestava a racionalidade prática: os valores, princípios etc. O Direito passa a ser uma ciência autônoma, um sistema normativo que não pré-define seu conteúdo, mas sim é informado pelo *ethos* vigente certo lugar em certa época, que, ecoando na vontade daquele que edita as normas, preencherá tais conteúdos.

Nesse sentido é que se pode afirmar ser o Sistema Jurídico erguido sob a égide do positivismo um sistema formalista, eis que não é capaz (propositadamente) de preencher materialmente suas engrenagens. Esse papel cabe às outras ciências ditas humanas e, em última análise, aos próprios valores sociais vigente em certa sociedade, em certo tempo.

Como se trata de um sistema fechado, ele não pode apresentar nem lacunas nem antinomias. Daí a criação de métodos hermenêuticos para a resolução de tais problemas. A preocupação fundamental, neste ponto, assim como em outros, é com a segurança jurídica.

De outra banda, o positivismo jurídico não prescinde da técnica da subsunção. Essa técnica, resumidamente, se assemelha bastante com o silogismo da lógica formal clássica, consistente no estabelecimento de uma premissa maior (lei), uma premissa menor (caso concreto) e uma conclusão (decisão).[7] Mais uma vez fica evidente a maior importância dada ao método (subsuntivo) do que à análise material do Direito. Em outras palavras, o formalismo da dogmática jurídica positivista.

2. O PÓS-POSITIVISMO E SEU CONSENTÂNEO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: O NEOCONSTITUCIONALISMO

Pouco a pouco, o Positivismo jurídico começou a revelar limitações e deficiências no trato de algumas questões mais complexas, surgidas no âmbito de sociedades cada vez mais diferenciadas.

7. Fabio Ulhoa Coelho (*Op. Cit*, pp. 71-76) aponta com precisão as peculiaridades do silogismo jurídico, em relação ao puramente teorético. Segunda afirma, as principais diferenças seriam: (ii) enquanto o silogismo clássico se compõe unicamente de enunciados apofânticos (antecedente e conseqüente ligam-se pelo verbo *ser*), o silogismo jurídico apresenta pelo menos dois enunciados deônticos (premissa maior e conclusão), ligados, por sua vez, pelo composto verbal *dever ser*. O autor vai além, propondo que também a premissa menor seja considerada de natureza deôntica, já que, na busca concreta da solução de uma lide, o que importa é a verdade processual, portanto um juízo de probabilidade sobre a real ocorrência do fato, da maneira como descrito. Olvida-se, no entanto, de peculiaridades de alguns ramos do processo, tais como o penal, onde se busca sempre a verdade real, em detrimento da processual; e o processo do trabalho, que afirma o princípio da "primazia da realidade".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION321 321 4/10/2007 14:39:39

A pretensa neutralidade axiológica dessa escola jurídica revelou-se extremamente perigosa. Se, por um lado, o fato de o sistema jurídico ser materialmente preenchido de acordo com as vicissitudes sociais ter um lado altamente positivo, de capacidade de adaptação do ordenamento jurídico às mutações sociais, por outro lado esse conteúdo pode acabar abarcando idéias e valores cuja antijuridicidade ataca o mais básico senso comum de justiça.

Foi o caso do nacional-socialismo alemão. Se o Positivismo permitia que se considerasse um sistema que exterminou milhões de pessoas (dentre outras atrocidades) como legítimo, eis que aparentemente refletia a vontade popular daquela sociedade àquela época, então algo de vetusto havia nesse sistema.

Após o choque da segunda guerra mundial, portanto, vão surgindo teorias que buscam superar a tal neutralidade positivista. De um lado, teóricos da argumentação, tais como Viehweg e Perelman. De outro, filósofos como John Rawls e Jürgen Habermas, ambos abertamente bebendo em fontes kantianas (embora num âmbito pós-metafísico). Já no campo mais estritamente jurídico, deve-se fazer menção a Robert Alexy e Ronald Dworkin, os quais, respectivamente nos sistemas norte-americano e continental, capitanearam a mudança de rumos no pensamento jurídico.

Importante fazer uma diferenciação entre a pós-modernidade filosófica e o pós-positivismo. Como se acaba de dizer, os principais teóricos inspiradores da nova escola retomam, não sem a atualização necessária, a noção de racionalidade prática, aplicando-a ao Direito. Isso a pós-modernidade filosófica não admite em nenhuma hipótese.

O pós-positivismo, em linhas gerais, representa uma ruptura com o positivismo em dois de seus grandes eixos característicos: a teoria das fontes sociais do Direito e a separação entre Direito, política e moral. É Albert Casamiglia quem identifica os pós-positivistas como aqueles que se insurgem contra um desses dogmas[8].

Seu novo estatuto, por sua vez, compreende a retomada dos princípios, agora tratados como enunciados normativos dotados de aplicabilidade direta, a definição de tais princípios em suas relações com valores e regras, a retomada do *status* superior da argumentação jurídica, a criação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de teorias dos direitos fundamentais especadas no princípio da dignidade humana.

8. CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Espanha: Doxa 21-I, 1998. P. 219.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION322 322 4/10/2007 14:39:39

Vindo totalmente ao encontro dessas novas tendências, a constituição brasileira de 1988 passou ao centro do nosso sistema jurídico, eis que, apelidada de "constituição cidadã", revelava os anseios de uma sociedade que clamava por direitos humanos e democracia.

A nova geração de juristas, formada após a promulgação da nova carta, passa então a pensar o Direito a partir da Constituição como vértice ordenador, como um filtro[9] através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional, verdadeira mudança de paradigma na teoria constitucional influenciada diretamente pelas teorias pós-positivistas. Esse movimento vem sendo chamado de constitucionalização do Direito ou neoconstitucionalismo[10].

Marcam a nova técnica constitucional a formulação de cláusulas abertas à interpretação jurisdicional, a normatividade dos princípios com status de constitucionais, e a larga utilização da argumentação jurídica e da ponderação proporcional na legitimação e fundamentação das decisões jurídicas.

Esse novo cenário (pós-positivismo, constitucionalização, nova interpretação constitucional, além da recente história da redemocratização brasileira), na feliz expressão de Luis Roberto Barroso, a "judicialização da vida", quer dizer a crescente interferência do Judiciário nas relações sociais em geral.

Atualmente, essa teoria luta contra algumas críticas já emergentes, principalmente relativas ao desequilíbrio nos três poderes gerado pelo ganho de poder do Judiciário (que, na visão de alguns, não é necessariamente algo positivo), no suposto excesso de subjetividade e discricionariedade dado ao juiz e a quebra na segurança jurídica gerada pelo novo paradigma legislativo e interpretativo do ordenamento jurídico como um todo, necessariamente influenciado pelos textos constitucionais[11].

Apesar de abraçarmos em parte tais críticas, acreditamos que desenvolvê-las aqui acabaria ocasionando um indevido desvio do foco do presente trabalho. Cumpre-nos, dessa forma, apresentar elementos para uma releitura da teoria processual a partir do paradigma atualmente dominante (considerada, de forma realista, a forma na qual ele se consubstancia e se impõe atualmente), a fim de que o sistema possa funcionar como um todo.

---

9. Sobre a expressão e seu conteúdo, v. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
10. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo nº 240,* 2005, p. 12/13.
11. Por todos, v. PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *Normas e valores: sobre a problemática do neoconstitucionalismo.* Artigo no prelo, gentilmente cedido pelo autor.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION323 323 4/10/2007 14:39:39

3. A NECESSÁRIA LEITURA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL A PARTIR E À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Conforme mencionado no tópico anterior, a mudança de paradigma fez com que toda uma nova geração de juristas começasse a repensar e reformular os institutos dogmáticos dos mais variados ramos do Direito.[12]

De fato, não se tornou possível sustentar vetustos institutos, que passaram a não mais resistir à supremacia da constituição, naquilo que não se coadunavam com seus imperativos desígnios. Surgia um novo modo de pensar e aplicar o Direito como um todo.

No Brasil, diferentemente de outros países e de forma curiosa, o movimento pela constitucionalização do Direito começou não pelos constitucionalistas, como seria natural, mas pelos civilistas. Pode-se citar, como verdadeiros pioneiros da nova dogmática, os Profs. Gustavo Tepedino[13] e Maria Celina Bodin de Morais[14], que trouxeram a "novidade" após seus estudos na Itália. Eles fincaram os espeques para o que se passou a designar como "Direito Civil-Constitucional".

O que importa ressaltar é que, tanto no Direito Civil, através do movimento acima mencionado, quanto em alguns outros ramos, tais como o Direito Administrativo[15], verificou-se um profundo esforço no sentido fincar bases sólidas para uma nova visão do fenômeno jurídico, sob a ótica do primado das normas e princípios constitucionais.

Até pouco tempo, no entanto, não se verificava movimento semelhante na doutrina processual civil. Se é certo que alguns autores mencionavam, de forma superficial e categórica, como quem profere um truísmo, a necessidade de uma interpretação dos institutos, princípios e regras processuais à luz da constituição, o esforço em construir bases teórico-dogmáticas sólidas de uma tal interpretação simplesmente inexistia na doutrina processualista brasileira.

Surpreendeu-nos positivamente a notícia, recebida após a idéia e o início da pesquisa para o presente trabalho, do lançamento das primeiras obras que pro-

12. GUSTAVO BINENBOJM chama atenção para tal movimento: "Tal concepção, que vem sendo rotulada como *neoconstitucionalismo*, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de realizar uma verdadeira *filtragem constitucional* do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra". *(Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 65.)
13. V. TEPEDINO, GUSTAVO. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, *in: Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 2ª ed.
14. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O direito civil-constitucional. *In:* CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998: Uma década de constituição.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115 *et seq*.
15. Por todos, v. BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION324 324 4/10/2007 14:39:40

põem a construção de uma Teoria Geral do Processo a partir da perspectiva do *neoconstitucionalismo*. Dentre elas, destaca-se a obra do professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni[16], pela profundidade e precisão da exposição dos pressupostos filosóficos e teóricos da referida abordagem.

Compartilhamos, neste ponto, o sentimento de surpresa e alegria revelados por Daniel Mitidiero, quando este narra que, após a decidir nortear seus estudos do processo civil pela ótica da supremacia da constituição

> Logo em seguida, em 2006, veio a lume a publicação do livro **Teoria Geral do Processo,** de Luiz Guilherme Marinoni, cujo mote está, justamente, na releitura dos institutos fundamentais do processo civil (jurisdição, "ação", defesa e processo) por força do advento do "Estado Constitucional", feliz e expressiva locução criada e trabalhada por Zagrebelsky no livro já mencionado. O texto de Marinoni é, sem dúvida, um dos mais importantes do direito brasileiro atual, e a sua leitura deixou (e deixa) marcas profundas na minha maneira de encarar as relações entre Constituição, teoria do direito e processo civil. [17]

Além do Professor da UFPR, podem-se citar outros autores nacionais, que adotam, aberta ou implicitamente, o que se poderia chamar de "Processo Civil-Constitucional", aproveitando a nomenclatura já consagrada na seara do direito substantivo correlato, ou "Modelo Constitucional do Processo", segundo expressão de Ítalo Andolina. São eles: Cassio Scarpinella Bueno,[18] Fredie Didier Jr.,[19] Nelson Nery Jr.,[20] Cândido Rangel Dinamarco[21], Ada Pellegrini Grinover,[22] José Manuel de Arruda Alvim,[23] Teresa Arruda Alvim Wambier,[24] José Roberto dos Santos Bedaque,[25] Marcelo Lima Guerra,[26] Willis Santiago Guerra Filho,[27]

16. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 1: *Teoria geral do Processo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 511 pp. Cumpre reconhecer, no entanto, que outros autores já vinham adotando a perspectiva do "Direito Processual Constitucional", embora sem se aprofundarem demasiado (ou suficientemente) sobre as bases filosóficas e teóricas para uma releitura dos institutos processuais. V. notas 17 a 39.
17. MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 9.
18. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.* São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 41-87 e *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil,* v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 70-73 e 92 a 238.
19. *Curso de direito processual civil, v.1: teoria geral do processo e processo de conhecimento.* Salvador: editora Jus Podivm, 2007, pp. 21 a 61.
20. *Princípios do processo civil na constituição federal.* 4 ed. São Paulo: RT, 1997.
21. *Instituições de direito processual civil,* v.1. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 180/183
22. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil.* São Paulo: José Bushatsky, 1975.
23. *Tratado de direito processual civil, I.* São Paulo: RT, 1990, pp. 204/207.
24. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.* São Paulo: RT, 2002, pp. 58/98 e 337/349.
25. Garantia da amplitude de produção probatória. *In:* TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999, pp. 151/168.
26. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: RT, 2003.
27. *Teoria processual da constituição.* São Paulo: Celso Bastos, 2000, pp. 15/20.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION325 325 4/10/2007 14:39:40

Leonardo Greco,[28] José Rogério Cruz e Tucci,[29] Rogério Lauria Tucci,[30] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,[31] Aury Lopes Jr., Delosmar Mendonça Jr.,[32] Hermes Zaneti Jr.,[33] Gil Ferreira de Mesquita,[34] Daniel Mitidiero,[35] Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira[36] e Galdino Luiz Ramos Júnior.[37]

No direito alienígena, podemos citar a pioneira obra dos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera,[38] além daquela do mexicano Hector Fix-Zalmudios[39]

Cumpre-nos delinear, a partir de agora, um breve panorama das principais conseqüências advindas da adoção de uma perspectiva neoconstitucionalista para o estudo e aplicação do Direito Processual Civil, especialmente no que tange à sua "teoria geral", ou seja, seus institutos basilares e essenciais.

4. ELEMENTOS PARA UMA LEITURA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL[40] A PARTIR E À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Apesar de considerado uno, convencionou-se separar o poder estatal em três: executivo, legislativo e judiciário. Quanto a este último, pode-se afirmar que

28. A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo código civil. *In:* GRECO, Leonardo e NETTO, Fernando Gama de Miranda (coords.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.336 p.
29. *Constituição de 1988 e processo.* São Paulo: Saraiva, 1989.
30. *Devido processo legal e tutela jurisdicional.* São Paulo: RT, 1993.
31. *Do formalismo no processo civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 106/108; O Processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In:* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Processo e constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.
32. *Princípios da ampla defesa e efetividade no processo civil brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 11/25.
33. *A constitucionalização do processo:* a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático de Direito. Tese de doutorado. *Apud* MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.26.
34. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 95/107.
35. *Processo civil e estado constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
36. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. *In:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (coords.). *A constitucionalização do Direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 541-547.
37. *Princípios constitucionais do processo.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pp.3/10.
38. *Il modello constituzionale del processo civile italiano:* corso di lezioni. Torino: Giappichelli, 1990.
39. *Constitución y processo civil em Latinoamérica.* México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1974.122p.
40. Note-se que nos referimos ao "Direito Processual Civil", e não somente ao processo, institutos que não se confundem, apesar de ser este um dos temas fundamentais daquele. Para uma precisa diferenciação entre ambos, v. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit*., 2007, p.368. Em verdade, tanto processo quanto ação são temas, de certa forma, subordinados ao da jurisdição, outro tema essencial da disciplina "Direito Processual Civil". Enquanto processo é instrumento da jurisdição (V. MARINONI, *Op. Cit*, 2006, p. 404), a ação é o "direito público subjetivo de romper a inércia da jurisdição" (BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit*., 2007, p.505). Utilizar-se-á, portanto, o conceito de jurisdição, referindo-se, sinedoquicamente e em última instância, ao Direito Processual Civil como um todo, sem prejuízo de comentários específicos sobre aqueles outros institutos.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION326 326 4/10/2007 14:39:40

encontra na jurisdição sua manifestação mais pura (Estado-juiz). A jurisdição é, portanto, a forma de exteriorização da vontade do Estado-juiz,[41]

O conceito de jurisdição, por consistir nessa manifestação pura de poder, acaba sendo espelho dos valores e idéias vigentes certo lugar, em certa época, sendo, ao mesmo tempo, instrumento de imposição e manutenção desse mesmo poder.[42] É como afirma Dinamarco:

> Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exibe, os objetivos que a animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e no tempo.
>
> (...)
>
> Ela [a jurisdição] reflete, na conjuntura em que se insere, a fórmula das relações entre o Estado e sua população, além de servir de instrumento para a imposição das diretrizes estatais. Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação como *um* poder, percebe-se que a sua institucionalização é indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas. É não pensar somente nos conflitos transindividuais que um a um chegam clamando por solução, mas na massa de todas as pretensões deduzidas à Justiça, às quais o Estado imporá com a *sua* autoridade imperativa a força de *seu* direito; não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado que o instituiu e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento".[43]

Fica clara, portanto, a estreita ligação entre o conteúdo do Direito Processual Civil e o momento histórico, político e jurídico (*lato sensu*) de um país. O pro-

---

41. V. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit*., 2007, p. 62.
42. Outrossim, para uma brilhante lição acerca da estreita e recíproca ligação entre processo e poder, cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. 342 p. Outrossim precisa a lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, para quem "Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexidade entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação de direitos e garantias assegurados na constituição. Aqui não se trata mais, bem-entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de emprega-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido". (O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In:* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (org.). *Processo e constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3)
43. *A instrumentalidade do processo.* 2 ed. São Paulo: RT, 1990, pp. 207/208 e 211/212, respectivamente). No mesmo sentindo, afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que "Já no século XVII apreendera-se que o exercício da jurisdição constitui faceta importante do exercício do poder. Daí a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo Príncipe, de que é exemplo emblemático o chamado Code Luis". (*Op. Cit.*, 2004, p.1*)*. BARBOSA MOREIRA também o afirma categoricamente: "Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada". *(O neoprivatismo no processo civil.* Revista de processo nº 122, São Paulo: RT, abril de 2005).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION327 327 4/10/2007 14:39:40

cesso figura, neste ponto, em posição privilegiada em relação aos outros ramos do Direito, pelo fato de ser o instrumento de efetiva imposição ideológica.

Nada obstante, mesmo com surgimento do Estado Constitucional e com todas as mudanças no cenário jurídico apontadas *supra*, os conceitos de jurisdição, processo e ação adotados pela dogmática e pelo ordenamento processual civil brasileiro são aqueles criados e consolidados ainda sob a égide do paradigma positivista, estando, portanto, umbilicalmente ligados aos seus contornos mais básicos.[44]

Tal constatação delata um evidente atavismo. Como disciplina de direito público[45] que é, ligado diretamente ao exercício do poder estatal, o processo civil deve necessariamente seguir as mudanças no cenário político-jurídico mais amplo. Marinoni diagnostica o problema com precisão:

> Os conceitos de jurisdição, ação, defesa e processo, por sua inquestionável ligação a uma 'forma' de Estado, não podem ser compreendidos fora de um contexto histórico, *o que torna impossível pretender válidos, diante do Estado constitucional brasileiro, os conceitos clássicos de teoria do processo, sem questioná-los a partir do direito constitucional e da teoria do direito.*
>
> O Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade e aos conceitos de direito e de jurisdição, representando uma quebra de paradigma. Diante disso, *não há como pretender ensinar direito processual civil sem antes tratar de uma teoria do processo elaborada à luz do Estado constitucional e das teorias dos direitos fundamentais*".[46] (grifos do original)

Uma visão contemporânea do processo civil deve, nesse passo, considerar que o Estado-juiz está adstrito não à mera legalidade, tal como o denotavam as doutrinas clássicas, mas sim à chamada juridicidade,[47] cujo conteúdo é "mais generoso" do que o daquele,[48] pois abarca também, e principalmente, os princípios e regras constitucionais como vértices orientadores de toda a atividade jurisdicional. Abrange, portanto, o metajurídico "princípio da constitucionalidade", em

---

44. Como exemplo, pode-se citar as clássicas teorias de Chiovenda (1969) (jurisdição com atuação da vontade concreta da lei) e de Carnelutti (1936) (justa composição da lide – juiz cria a norma individual para o caso concreto). Basta abrir os manuais de Direito processual civil hoje disponíveis para constatar que, na imensa maioria deles não trata tais teorias como deveria, ou seja, apenas como referencial histórico.
45. Atribui-se a Lodovico Mortara, em sua obra *Commentario del Códice e delle leggi di procedura civile,* a originalidade na conceituação do processo civil como direito público. Cf. a homenagem a Mortara feita por Chiovenda *(Rivista di Diritto Processuale Civile,* 1937, p.101).
46. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit*., p. 9.
47. Para uma conceituação mais extensiva de juridicidade, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.214/215; BINENBOJM, Gustavo; *Op. Cit*., 2006, pp. 137/144 e OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.* Coimbra: Almedina, 2003, p. 146.
48. A expressão é de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.214/215.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION328 328 4/10/2007 14:39:41

nomenclatura adotada, entre outros, por Jorge Miranda, segundo o qual "*as leis e outros actos do Estado devem estar conformes à Constituição e não devem ser aplicados pelos tribunais no caso de serem desconformes*".[49] Cassio Scarpinella Bueno sintetizou precisamente a idéia:

> O plano constitucional delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser do processo. O plano infraconstitucional do processo, assim, é caracterizado, conformado, pelo que a Constituição impõe acerca da forma de exercício do poder estatal no plano jurisdicional. É dizer: o plano técnico do processo é necessariamente vinculado e conformado ao modelo que a Constituição reserva para ele. A conseqüência de a lei afastar-se dessas diretrizes é por todos conhecida: a lei será inconstitucional ou, para alguns, quando anterior à promulgação da Constituição, terá deixado de ter sido recepcionada pelo sistema vigente. De um ou de outro modo, entretanto, a lei contrária às diretrizes constitucionais do processo deve ter sua aplicação concreta rejeitada e, graças às amplas possibilidades de controle de constitucionalidade que caracteriza o sistema brasileiro, que combina os controles difuso e concentrado, pode sê-la em cada caso concreto que se apresente para solução perante o poder judiciário.[50]

Paralelamente, não se pode olvidar o esforço da doutrina, esse sim suficientemente profundo, em defender o caráter instrumental do processo civil.

Em tempos idos (durante a chamada "fase imanentista"), o processo era considerado mero direito adjetivo, essencialmente atrelado ao direito material. A doutrina, no entanto, se desenvolve, e acaba por construir a idéia um direito processual autônomo em relação ao direito material. Trata-se de inegável progresso. Sem embargo, não é difícil perceber que se tratou de um movimento de tese e antítese e que, como tal, demandou por algum tempo a elaboração de sua síntese.

A nosso ver, tal síntese veio sob duas formas: a teoria eclética da ação, de Liebman;[51] os desenvolvimentos acerca da instrumentalidade do processo[52]. No

---

49. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 6 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997, tomo I, p. 147/148. Trata-se, sem dúvida, de influência do judicial review norte-americano, inaugurado com o caso *Marbury X Madison* e com as lições de Alexander Hamilton, sobre o direito brasileiro. A esse respeito, cf. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira:* legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 25-36 e BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 3/10. *Sobre o conteúdo do conceito de constitucionalidade,* cf. OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.* Lisboa: Lex, 1993, pp. 25-29.

50. ***Amicus Curiae*****,** p. 44.

51. Segundo registra Marinoni (2006, p. 168), a tese foi apresentada ao público, pela primeira vez, em espécie de "aula inaugural" (prolusione) proferida por Liebman na Universidade de Turim, em 24.11.1949. Incontinenti, a conferência teria sido publicada nos Scritti giuridici in onore de F. Carnelutti, Padova, Cedam, 1950, v.2, na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1950, p. 47 e ss., e nos Problemi del processo civile, Napoli, Morano, 1962, p. 22 e ss.

52. Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION329 329 4/10/2007 14:39:41

entanto, enquanto esta ganha força, a teoria liebmaniana já começa a sofrer duros golpes[53], curiosamente através de argumentos que muito têm a ver com a instrumentalidade do processo.

Dessa forma, considerando as mudanças históricas, conforme analisadas nos tópicos anteriores, conforme absorvidas pelo *ethos* jurídico hoje prevalecente no Brasil, e considerado o "princípio da constitucionalidade" acima mencionado, concluímos, junto com Marinoni, que

> […] a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material. Trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das "tutelas dos direitos", e sem evidentemente negar que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual.[54]

Essa visão impõe, portanto, a superação do formalismo do processo, entendendo-o, ao contrário, como instrumento de efetivação dos direitos, em especial o ditos "direito fundamentais" Como bem registra Carlos Alberto Álvaro de Oliveira,

> Do ponto de vista do direito processual, impõe-se sublinhar que os direitos fundamentais, para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de uma normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação, por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia. Embora essa dimensão procedimental nem sempre se refira ao processo judicial também o abrange, a evidenciar uma interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo.[55]

Nessa toada, permite-se a releitura e a superação de certos dogmas, seja a partir de novos pesos conferidos culturalmente a valores conflitantes, que podem mudar o resultado de ponderações que antes apontavam em sentido diverso,[56] seja através do prestígio à efetivação dos direitos (especialmente os fundamentais) em detrimento de um formalismo processual como fim em si mesmo. Em outras palavras, os institutos e as regras processuais devem ser rigidamente observados apenas quando cumprirem o fim a que se destinam, qual seja, o de garantir a tutela efetiva dos direitos materiais, sempre se atendo à juridicidade.

---

53. Por todos, cf. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação:* o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2006. 386 p.
54. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 139.
55. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Op. Cit*., 2004, p. 10.
56. Nesse sentido, a arguta observação de Cássio Scarpinella Bueno, que percebe, por trás das recentes reformas legislativas do processo civil, o redesenho no equilíbrio de forças entre valores conflitantes. *(Amicus Curiae,* p. 46 e *Curso sistematizado de direito processual civil,* pp. 79/81). A esse tema voltar-se-á mais adiante.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION330 330 4/10/2007 14:39:41

Isso nos conduz a um singelo questionamento: Por que são tão corriqueiras, em outros ramos jurídicos, as interpretações difusas tendentes a conformar suas regras à Constituição, ou até mesmo afastá-las de todo quanto contrárias a esta, enquanto o processo é visto como uma espécie de código sagrado, de um rito quase religioso? Por que não se adapta o procedimento, enquanto ele é desenvolvido, de modo a prestigiar o escopo constitucional do processo, que é, como bem observa Marinoni, dar tutela ao que fora prometido pelo direito material[57]?

5. O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS PROCESSUAIS

O direito brasileiro consagra o sistema misto de controle judicial da constitucionalidade das leis, vale dizer, admite tanto o controle concentrado quanto o difuso.

O controle difuso, que nos interessa no presente ensaio, fora concebido junto com a própria idéia de controle judicial da constitucionalidade das leis, notadamente no âmbito do famigerado julgamento, junto à Suprema Corte Norte-americana, do caso *Marbury X Madison.*[58] Tal forma de controle, nas palavras de Luís Roberto Barroso, consiste na idéia de que, se cabe ao judiciário "*dizer o direito, estabelecendo o sentido das leis*", e, "*sendo a Constituição uma lei, dotada de supremacia, cabe a todos os juízes, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem*". Mais do que mera faculdade, "*todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento*". [59]

Tal sistema, portanto, ao tempo em que se coaduna perfeitamente com a idéia de Estado Constitucional e *neoconstitucionalismo*, como anteriormente delineadas, é reconhecido com um de seus mais importantes instrumentos de atuação na prática judicial. Como bem afirma Marinoni:

> O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais.

57. *Op. Cit*., 2006, *passim*.
58. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p.45.
59. Op. Cit., pp. 45-46.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION331 331 4/10/2007 14:39:41

> O neoconstitucionalismo depende do controle jurisdicional da lei. Não é por outra razão, aliás, que Riccardo Guastini afirma que a rigidez da Constituição e a sua garantia jurisdicional são "condições necessárias" para se pensar na "constitucionalização do ordenamento jurídico".[60]

Nada obstante, em mais esse aspecto a ciência processual civil, em linhas gerais, não se deixa infiltrar pelo novo *ethos* jurídico. Muito menos sua prática.

Com efeito, não se observa no cotidiano forense o uso dos instrumentos de controle difuso de constitucionalidade, por parte dos magistrados, sobre as regras processuais. Tampouco se vê com freqüência os advogados pugnando pela conformação de tais regras à Constituição, através de mecanismos tais como a interpretação conforme, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ou a própria declaração incidental de inconstitucionalidade de certa norma ou instituto processual, à luz do caso concreto.

Ninguém estranhará, por exemplo, que um Tribunal (através do colegiado competente), ao conhecer de um recurso que verse matéria tributária (v.g. a redução da base de cálculo da COFINS, através da dedução dos valores relativos ao ICMS), julgue-o de maneira favorável ao contribuinte, por entender que tal cumulação não se compatibiliza com a principiologia, constitucionalmente delineada, do Direito Tributário. Ao assim proceder, estará indubitavelmente realizando o controle difuso da constitucionalidade.

No entanto, vejamos outra hipótese. Sabe-se que atualmente, a teor do parágrafo único do art. 527 do CPC, na redação dada pela lei 11.187/05, são irrecorríveis os pronunciamentos judiciais descritos nos incisos II e III do mesmo artigo. Ora, conforme defendemos em outro estudo[61], tal dispositivo é flagrantemente inconstitucional, eis que, ao vedar o acesso do colegiado (que detém verdadeiramente a competência recursal, conforme se deduz da sistemática processual), contraria frontalmente o princípio do juiz natural, previsto na CF/88 no art. 5º, LIII.

Sob esse ponto de vista, nada impediria que o órgão fracionário, que compartilhasse esse nosso entendimento, declarasse de forma incidental a inconstitucionalidade do dispositivo, conhecendo e julgando eventual Agravo Inominado interposto nessa hipótese. E por que não se vê esse tipo de solução na prática? Não encontramos ainda a resposta, infelizmente. Não se vislumbra qualquer diferença substancial entre as duas situações, a ensejar o tratamento diferenciado.

---

60. MARINONI. Luiz Guilherme. *Op.Cit.*, 2006, p. 54
61. OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *A irrecorribilidade do parágrafo único do art. 527 do CPC e a jurisprudência correlata do STF.* No prelo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION332 332 4/10/2007 14:39:41

Assim como essa, pode-se imaginar uma infinidade de outras situações em que regras processuais, de valor infraconstitucional, acabam se revelando inconstitucionais, seja porque contrariam diretamente algum princípio ou regra constitucional, seja porque, no caso concreto, sua estrita observância impede a efetiva tutela do direito deduzido em juízo. Em última instância, há casos em que o próprio direito à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV da CF/88) acaba sendo prejudicado, por vezes em detrimento de regras de mera formalidade processual, ou mesmo de regras que se pode facilmente classificar como inconstitucionais. Daniel Mitidiero parece concordar com nossa tese, ao aduzir que

> O controle difuso de constitucionalidade, nessa senda, está na essência do constitucionalismo brasileiro, conformando tanto o direito material como o direito processual civil, haja vista a influência que esse exerce na configuração dos institutos desses ramos, forjada pela força normativa da Constituição e pela concretização, em nossa vida social, da eficácia dos direitos fundamentais.[62]

Diante de todo o quadro delineado até aqui, não se pode admitir, no bojo do Estado Constitucional, que o direito material tenha que se adequar à técnica processual, acanhando-se diante de seu estrito formalismo. Não custa lembrar que a idéia de tutela adequada dos direitos, em especial os ditos fundamentais, se encontra prestigiada na Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, *in verbis*:

> Article 8. Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law."

Deve-se admitir, no entanto, que nosso legislador não tem se omitido totalmente quanto à necessidade de criar uma espécie de textura aberta da técnica processual (com parâmetros e balizas, por óbvio), que permita uma tutela mais efetiva e adequada ao direito que se busca em juízo, à luz do caso concreto, e atento à possibilidade de que suas peculiaridades sejam levadas em consideração. É como afirma MARINONI:

Trata-se dos arts. 273, 461 e 461-A do CPC e arts. 83 e 84 do CDC.

O art. 273, como é cediço, trouxe a possibilidade de que toda e qualquer situação de urgência seja protegida pelo poder judiciário, seja qual for o direito afirmado, seja quais forem os fatos narrados.

O art. 83 do CDC, por sua vez, dispõe que "*para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações*

62. MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, 2007, p. 28.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION333 333 4/10/2007 14:39:42

capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela". A previsão visa a evitar que o autor (consumidor, *in casu*) esbarre em um formalismo processual, na busca de um direito que entende violado. Em tese, tratar-se-ia de situação em que o consumidor, acreditando-se titular de um direito subjetivo violado, não encontra, dentre as ações típicas descritas pelo sistema processual, aquela capaz de tutelá-lo. Eliminando-se tal formalismo, nenhuma situação material fica sem o amparo da tutela jurisdicional. Ademais, pelo caráter aberto da norma em comento, pode-se afirmar que é dado ao juiz, a partir de provocação da parte, construir a ação adequada às necessidades do caso concreto.[63]

Já os arts. 461, 461-A do CPC e art. 84 do CDC podem ser tratados em conjunto, pois preconizam disposições absolutamente idênticas. A idéia de tais dispositivos, em apertada síntese, é de certa forma complementar à do art. 83 do CDC, apesar de não haver, no processo civil "comum", previsão semelhante[64]. Trata-se de previsão igualmente aberta, tendente a proporcionar ao juiz a sentença e os meios executivos idôneos e adequados à tutela do direito deduzido na lide[65]. Sobre esses mesmos dispositivos, Luiz Guilherme Marinoni extrai conclusões muito próximas às nossas, *in verbis:*

> As novas regras processuais partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo.[66]

Apesar do inegável avanço, as previsões acima elencadas têm seu âmbito de incidência limitado (tutelas de urgência, relação consumeristas e ações para de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa).

Dessa forma, ainda há ameaças ou lesões a direito que não encontrarão guarida do poder judiciário, consideradas apenas essas duas formas de adequação do procedimento às necessidades do direito material afirmado (controle difuso

---

63. V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit*., 2006, p. 292.
64. Não obstante, interessante a afirmação de KAZUO WATANABE: "Não fosse a intransigência doutrinária, surgida na fase em que o Direito Processual aspirava à autonomia como uma ramo da ciência jurídica, o art. 75 do Código Civil de 1916 poderia ter sido lido com a explicitação, em nível infraconstitucional, do princípio da efetividade e da adequação da tutela jurídica processual. (...) batava que se lesse o texto com se nele estivesse escrito que toda afirmação de direito (e não um direito efetivamente existente) 'corresponde a uma ação, que o assegura'. O direito 'afirmado', como é cediço, não é a mesma coisa que o direito existente". (*In:* GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007, p. 856).
65. "Art. 461 § 5º – Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial."
66. *Op. Cit.*, 2006, p. 292.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION334 334 4/10/2007 14:39:42

de inconstitucionalidade por ofensa explícita ao texto da Lei Maior e a utilização das normas abertas positivadas nos arts. 273, 461 e 461-A do CPC e arts. 83 e 84 do CDC). Faz-se necessário buscar outro instrumento para tais hipóteses.

6. O CONTROLE DIFUSO ATRAVÉS DA CHAMADA "PONDERAÇÃO PROPORCIONAL"

Para além dos exemplos dados acima, há casos em que a aferição de constitucionalidade merece ser feita através de procedimento mais sutil e refinado, ou seja, através da chamada ponderação proporcional. Assim é porque nem sempre uma inconstitucionalidade poderá ser aferida de forma imediata e explícita, como lesão frontal e direta ao texto constitucional.

De fato, não há negar que, por trás de toda regra positivada, há um sopesamento entre diversos valores, princípios e interesses, feito *a priori* pelo legislador. A regra acaba sendo, sob esse ponto de vista, apenas o resultado e a consolidação desse exercício de balanceamento prévio. No entanto, se o Direito deve ser entendido como um código de conduta com vistas à pacificação social, nada mais justo que o mesmo reflita os valores e anseios daquela sociedade à qual é dirigida.[67] E, como é cediço, tais valores e anseios são muito mais fluidos na atualidade do que outrora.

O Direito necessita, nesse passo, de um instrumento mais efetivo e célere do que o processo legislativo, a fim de fazer valer a mudança no equilíbrio dessa balança. Nossa legislatura, como é trivial, não dá conta de acompanhar todas as mudanças culturais, em especial aquelas que devem refletir no mundo jurídico. Basta mencionar o exemplo do nosso código civil, que, após tramitar cerca de 30 anos, acabou por já nascer desatualizado.

Esse instrumento é a ponderação, intimamente ligado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, por sua vez, derivam do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV da CF/88). Para que se entenda tal gênese, é necessária uma breve digressão histórica.

A origem do constitucionalismo moderno remonta ao século XIII, com o surgimento do direito, insculpido na Magna Carta inglesa de 1215, ao *due process of law* (devido processo legal).[68]

---

67. Sempre com a devida proteção, é claro, às chamadas posições contramajoritárias (assim chamados os direitos fundamentais). Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, 2006, p. 53.
68. Alguns penalistas entendem que o Princípio da Proporcionalidade deriva-se do Devido Processo Legal por uma razão lógica e sustentam que este já se encontrava expresso na idéia de pena proporcional ao delito, buscando origens na Lei de Talião.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION335 335 4/10/2007 14:39:42

Concebido, em seu advento, como garantia de cunho processual penal e tributário, consubstanciou-se na fórmula:

> […] nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país.

Seu aprofundamento e desenvolvimento acabaram por gerar princípios de direito material, notadamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Antes disso, no entanto, estiveram intimamente ligados ao processo. Em momento posterior, fora incorporado pela doutrina administrativista[69] e, por último, pelo constitucionalismo.

O princípio da Proporcionalidade, como desenvolvimento do devido processo legal (em seu aspecto substancial) só veio a ser cogitado a partir as revoluções burguesas do século XVIII, apesar de suas raízes filosóficas se situarem em momento histórico anterior (séculos XII a XVIII), sobretudo o jusnaturalismo inglês.

A emergência desse princípio, deve-se admitir, está diretamente ligada ao surgimento do Estado de Direito, no qual se afigurava inadmissível a ilimitabilidade do Poder Monárquico. Tratava-se de afirmar que o Homem possuía direitos inerentes à sua condição humana e que, portanto, precediam ao poder do soberano, o qual, por isso mesmo, estaria obrigado a respeitá-los. Criou-se, dessa forma, um mecanismo material de proteção aos direitos fundamentais em relação a desmandos e abusos de poder.[70]

A partir, portanto, da positivação do princípio da legalidade, no art. 3º da Constituição Francesa de 1791, a doutrina francesa passou a elaborar instrumentos processuais almejando sua efetivação, em cujos cernes se podia observar implicitamente delineado o princípio da proporcionalidade. Cumpre-se destacar o instituto do *récours pour excès de pouvoir*, que permitiu postular-se perante o Conselho de Estado recurso visando à reforma de qualquer ato administrativo, por violação ao princípio da legalidade ou por abuso de poder. Desta forma tornou-se possível controlar os atos do Poder Executivo, indagando da proporção entre os fins almejados e os meios utilizados.

---

69. Em verdade, pode-se afirmar, com o robusto arrimo dos ensinamentos do mestre Canotilho, que o princípio da proporcionalidade surgiu antes no âmbito do Direito Administrativo do que do Direito Constitucional, como princípio geral do poder de polícia. Isto porque os juízes da *Common Law*, antes mesmo das revoluções burguesas, já levavam em consideração seus parâmetros em suas ponderações CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra, Almedina, 1998, pp. 259/260.
70. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit. Loc. Cit.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION336 336 4/10/2007 14:39:42

Coube, no entanto, ao constitucionalismo alemão, positivar diretamente o princípio da proporcionalidade, quando, no seio da Lei Fundamental de Bonn, colocou-se o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica. Apesar de já estar previsto na Constituição de Weimar, foi apenas a partir do fim da Segunda Guerra Mundial que "*o princípio da proporcionalidade expande-se para atender às necessidades de cidadãos e juristas ciosos da elaboração de um direito materialmente justo*".[71]

A partir de então, o conceito de proporcionalidade aceito até hoje foi sendo lapidado paulatinamente pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Já nos anos 70 emergia a sua divisão em três: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Antes de conceituar tais subprincípios, cumpre asseverar que, segundo doutrina de vanguarda, com a qual nos alinhamos, não mais subsiste uma diferenciação conceitual do princípio da proporcionalidade em sua aplicação nos diversos ramos do direito.[72] O fenômeno da constitucionalização do Direito, conforme descrito na introdução, fez com que se unificasse o conceito e aplicação do princípio a partir da doutrina constitucional. A proporcionalidade, portanto, apesar de sua origem no seio do Estado de Direito, passou a assumir feições claramente pós-positivistas, atuando na otimização de princípios constitucionais com força normativa, e servindo para balizar todo ato estatal, seja ele legislativo, executivo ou judicial.

Passemos, de pronto, à conceituação dos indigitados subprincípios:

1. Adequação – Trata-se da exigência de compatibilidade entre meios e fins. O ato estatal deve ser idôneo a alcançar os fins a que se destina;

2. Necessidade – O ato em cotejo deve ser o menos gravoso possível a direitos fundamentais;

3. Proporcionalidade em sentido estrito – Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema ponderação de valores. Para se atingir certa finalidade, muitas vezes se acaba por esbarrar em direitos fundamentais. Isso só se justifica na medida em que o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.[73]

---

71. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 261.
72. Por todos, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 103-112.
73. Sarmento, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal,* 2000, p.96.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION337 337 4/10/2007 14:39:42

Assim, Quando nos deparamos com um choque entre princípios, em qualquer esfera ou ramo do Direito, há que se proceder, indubitavelmente, a uma ponderação proporcional. Como bem assevera Gustavo Binenbojm,

> […] mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação erige-se hodiernamente em verdadeiro princípio formal do direito e de legitimação dos princípios embasadores do Estado democrático de Direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação *(Abwägungsstaat)*. Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizadora de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública.[74]

E o instrumento de tal ponderação, como dito, é o postulado da proporcionalidade.[75] E é assim, portanto, que ele se insere na lógica do Direito Processual, devendo ser utilizado na aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, dentre os quais se incluem, por óbvio, as leis processuais.[76] Sobre tal aplicação específica, assim se manifestou o Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *in verbis*:

> Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder num determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica
>
> (...)
>
> Outro aspecto a ser sublinhado, com repercussão imediata na vida das pessoas, é a determinação do alcance dos direitos fundamentais e dos princípios que colidam entre si no caso em julgamento, da ponderação dos valores e da determinação do que deva prevalecer para a justiça do caso, consoante o chamado princípio da proporcionalidade, regra hoje inafastável de hermenêutica. Aliás, além de conflitarem, os princípios podem também complementar-se ou delimitar-se entre si.77

O princípio da razoabilidade, por sua vez, também já assumiu feições de cunho estritamente processual, desde que Heinrich Degenkolb, Alexander Plósz e Lodovico Mortara tornaram possível, ao demonstrarem o caráter abstrato do direito de ação, que esta servisse como freio aos arbítrios do poder. Hoje, no entanto, após "materializado" e constitucionalizado, está intimamente ligado à aferição das circunstâncias do caso concreto, as quais, devidamente consideradas

74. BINENBOJM, Gustavo . *Op. Cit.*, 2006, Pp. 108-109.
75. BINENBOJM, Gustavo . *Op. Cit.*, 2006,. Op. Cit. P. 107.
76. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo, Malheiros, 1997, p.359
77. *Op. Cit...* 2004 pp. 1-2 / 9-10.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION338 338 4/10/2007 14:39:43

e sopesadas, devem influir no julgamento final, garantindo a justiça da solução emanada do judiciário. Nesse sentido, o preciso magistério de Humberto Ávila:

> [...] a razoabilidade é usada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral.
>
> A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente subjacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal.[78]

Apesar de muitas vezes conduzirem a resultados idênticos, há duas diferenças entre os dois princípios. Primeiro, quanto à origem histórica: como se disse, a proporcionalidade evoluiu a partir da jurisprudência constitucional alemã, enquanto a razoabilidade adveio da jurisprudência norte-americana acerca do aspecto substancial do *due processo of law*. A segunda diferença entre ambos os princípios está em que, enquanto a proporcionalidade opera no nível teórico, abstrato, a razoabilidade consiste exatamente no cotejo das circunstâncias concretas.[79]

Ainda segundo Humberto Ávila (*ibidem*, p. 142), o princípio da razoabilidade, já constitucionalizado, se apresenta como instrumento de mitigação do paradigma liberal-positivista. Em outras palavras, a razoabilidade serve para temperar o princípio da legalidade, adaptando a lei (por natureza genérica e abstrata), às necessidades do caso concreto. É dizer, nem sempre que uma norma é incidente, ela será aplicável. A aplicabilidade dependerá, justamente, da análise da razoabilidade de tal aplicação no caso concreto. Nas palavras do autor, ela é a "*condição material para a aplicação individual da justiça*."

Dessa forma, não é difícil imaginar que, em diversas situações, após a aplicação de ambos os postulados à situação em espécie, pode ser que não prevaleça aplicação de certa regra processual nos exatos termos em que enunciada, ou até mesmo que se afaste de todo essa mesma aplicação.

Tomemos, à guisa de exemplo, a chamada "relativização da coisa julgada". Em casos como o que tais, ter-se-á sempre, de um lado, o valor da segurança jurídica, aliado aos valores e princípios albergados por aquela decisão específica e, do outro, os valores e princípios prejudicados por essa mesma decisão. Como bem resume Talamini, a ponderação de tais casos é feita da seguinte forma:

78. Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros editores, 2006, pp. 139 e 141.
79. Ávila, Humberto. *Op. Cit*., 2006, pp.146-148.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION339 339 4/10/2007 14:39:43

> Caberá primeiro identificar exatamente os princípios em conflito: um deles será o da segurança jurídica; deverão ainda ser individualizados os demais, tanto os acobertados quanto os prejudicados pela coisa julgada. Em segundo lugar, há de se atribuir a cada um deles a correspondente importância, em vista das peculiaridades do caso. Apenas depois se decidirá a respeito da prevalência de um ou alguns sobre os demais.
>
> Deverá ser definida a relevância axiológica do bem atingido (ou dos bens atingidos) pela decisão processual ou substancialmente errada. Caberá considerar se abstratamente ele se reveste de valor constitucional suficiente para contrapor-se à segurança jurídica e demais valores resguardados pela manutenção da coisa julgada.[80]

Tal solução, como é óbvio, não é de ser aplicada a todo e qualquer caso, a torto e a direito, tomado como panacéia para todos os males. A utilização da ponderação de princípios, ao contrário, é de ser utilizada com parcimônia, a fim de se evitar que reine o casuísmo, o decisionismo e a pura subjetividade judicial.

Em suma, o que se chama a atenção é para a necessidade de fiscalizar que a ponderação principiológica seja sempre feita à luz de um caso concreto, evitando sua banalização. Nada impede, no entanto, a formação dos chamados *standards* decisórios, que auxiliam o intérprete e o aplicador nesse árduo mister, trazendo equilíbrio entre a necessidade de evitar o casuísmo exagerado e o perigo das soluções ponderativas padronizadas. Tais *standards*, portanto, podem ser a solução para que se alcance o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça de decisão quando da ponderação de princípios.

7. CONCLUSÃO

À guisa do exposto, pretendemos haver contribuído minimamente para a idéia de um Processo civil comprometido com o atual paradigma jusfilosófico dominante, o qual impõe, em poucas palavras, a impregnação constitucional sobre todos os ramos do direito, e uma conseqüente revisão de alguns de seus dogmas.

No campo específico do Direito Processual Civil, a tendência contemporânea, batizada de neoconstitucionalismo, implica a revisão dos institutos mais basilares da disciplina, tais como jurisdição, ação e processo.

Sem a pretensão de atacar todos esses pontos, buscamos preconizar algumas formas de adequação dos instrumentos processuais às necessidades contemporâneas de efetivação dos direitos, mormente através do controle difuso de constitucionalidade das regras processuais, de modo a proporcionar um procedimento

80. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão.* São Paulo: RT, 2005, p. 585.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION340 340 4/10/2007 14:39:43

justo e adequado à luz do caso concreto. Nunca olvidando, é claro, a atenção ao princípio da juridicidade e a garantia dos direitos fundamentais.

8. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo* nº 122. São Paulo: RT, abril de 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Sariava, 2004. 299 p.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 233 p.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira:* legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Uma teoria do direito administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 337 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil:* teoria geral do processo civil, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. 550 p.

_____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro:* um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. 714 p.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *In*.: *Doxa:* Cuadernos de Filosofia del Derecho. Espanha: Doxa 21-I, 1998. P. 209-220.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação:* o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2006. 386 p.

_____. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. Salvador: editora Jus Podivm, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito:* técnica, decisão dominação. São Paulo: Atlas, 1988. 335 p.

GONÇALVES, William Couto. *Uma introdução à filosofia do Direito Processual:* estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. 216 p.

GRECO, Leonardo e Netto, Fernando Gama de Miranda (orgs.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2005.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.* Lisboa: Edições 70, 1988.

MAIA, Antonio Cavalcanti et al. (orgs.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. 556 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 1: *Teoria geral do Processo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 511 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional:* o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 395 p.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION341 341 4/10/2007 14:39:43

MIRANDA, Tiago Barbosa. *Comte está com Savigny, a Filosofia Positiva sanciona a Escola Histórica:* Os Positivismos Jurídico e Sociológico e seus Reflexos no Pensamento Jurídico Luso-brasileiro no Século XIX. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2007. Coimbra: FDUC, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 108 p.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa:* um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 344 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Processo e constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *Normas e valores:* sobre a problemática do neoconstitucionalismo. Artigo no prelo, gentilmente cedido pelo autor.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências.* 4 ed. São Paulo: Cortez, 2006. 92 p.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão.* São Paulo: RT, 2005. 702 p.

CAPÍTULO XV

SOBRE A NECESSIDADE DE UMA PROTEÇÃO JURÍDICA EFETIVA NO RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL

Hartmut-Emanuel Kayser*

Sumário: 1. Introdução – 2. Alguns desenvolvimentos históricos e recentes do Direito Processual Civil Internacional na Alemanha e na Europa – 3. As regulamentações vigentes sobre o Direito Processual Civil Internacional na República Federal da Alemanha e sua relação hierárquica recíproca – 4. Generalidades sobre a necessidade de uma proteção jurídica efetiva – garantia de acesso à justiça para cidadãos e estrangeiros – 5. A pretensão de proteção jurídica efetiva de acordo com o padrão dos direitos humanos do Direito internacional público: a. Direito internacional público universal; b. Direito internacional público regional europeu – 6. O direito à proteção jurídica efetiva conforme o Direito alemão: a. A derivação jurídico-constitucional do princípio de legalidade; b. Conteúdo geral do princípio da legalidade; c. Conteúdo do direito à proteção jurídica efetiva – 7. Resultado parcial: direito de acesso à Justiça e direito à proteção jurídica efetiva – 8. Relevância do direito a uma proteção jurídica efetiva para o Direito Processual Civil Internacional alemão – 9. A proteção jurídica efetiva e sua tensa relação com os pressupostos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras: a. Razão, princípios jurídicos e abrangência e processo de reconhecimento na Alemanha; b. Pressupostos da homologação de sentença estrangeira – 10. Avaliação geral da situação atual da homologação de sentenças estrangeiras.

1. INTRODUÇÃO

Este ensaio dedica-se ao Direito Processual Civil Internacional. Como será exposto, esta matéria jurídica não trata de uma ordem jurídica internacional, mas, essencialmente, de partes de ordens jurídicas nacionais, apesar da crescente importância dos desenvolvimentos jurídicos internacionais. Um aprofundamento teórico do tema deve considerar essa circunstância. Isso deve ocorrer nesta análise pelo fato de que os desenvolvimentos históricos do Direito Processual Civil Internacional precedem a apresentação da multiplicidade de normas atuais do Direito Processual Civil Internacional. Ante o plano de fundo do rápido

(*) Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt em Main. Advogado em Berlim. Vice-presidente da Sociedade Brasil-Alemanha (DBG).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION343 343 4/10/2007 14:39:44

desenvolvimento das transações internacionais jurídicas e comerciais e do conseqüente crescimento da importância do Direito Processual Civil Internacional, pergunta-se até que ponto o Direito vigente na Alemanha facilita as transações jurídicas internacionais. Isso será analisado por meio da questão da concessão de uma proteção jurídica efetiva dentro do quadro da homologação de sentenças estrangeiras. Isso possibilitará realizar uma avaliação da situação das tendências do Direito Processual Civil Internacional alemão.

A insuficiente concretização de uma efetiva proteção jurídica a nível jurídico-processual é constatada em muitos Estados. Isso se aplica, paralelamente a muitos outros Estados, também à Alemanha ou ao Brasil. A falta fática de uma proteção jurídica efetiva já é constatada em processos puramente nacionais, portanto em processos sem relação com o estrangeiro.[1] Também no âmbito do Direito Processual Civil Internacional, é muitas vezes formulada a pergunta a respeito de uma proteção jurídica eficaz.

O Direito Processual Civil Internacional é um "espelho infalível das transações jurídicas que ultrapassam as fronteiras". A intensidade e a complexidade, em permanente crescimento, das transações jurídicas "globalizantes" precipitam-se, por isso, em igual intensificação do Direito Processual Civil Internacional. Ao mesmo tempo, são feitos novos questionamentos e levantados novos problemas através desses desenvolvimentos.[2] Surgem, com crescimento contínuo, questões do Direito Processual Civil Internacional, como por exemplo, o caso de um credor contra um devedor, em que, após o atraso do pagamento por parte do devedor, pergunta-se se o credor pode propor uma ação em outro Estado, no estrangeiro ou na Alemanha, ou se e como, no estrangeiro, pode ser feita a notificação, se sentenças estrangeiras são reconhecidas na Alemanha, ou se sentenças alemãs são reconhecidas no estrangeiro, e também, se e como, em tais casos, é possível uma execução no respectivo país.

O ideal do Direito Processual Civil Internacional representa, com isso, a harmonia internacional das sentenças. Acrescenta-se a ele, como máxima político-jurídica, a facilitação das transações internacionais jurídicas e comerciais e o respeito fundamental aos processos estrangeiros.[3]

---

1. Para o Brasil em geral, vide: Hartmut-Emanuel Kayser, *Die Rechte der indigenen Völker Brasiliens* – historische Entwicklung und gegenwärtiger Stand, Shaker Verlag, Aachen, 2005, p. 504 – 516, 522 – 525, 533 – 534 com outras indicações detalhadas; Luiz Henrique do Amaral, Prática do trabalho de advogado no Brasil. *In:* Hartmut-Emanuel Kayser (Hrsg.), *Anwaltsberuf im Umbruch, Tendenzen in Deutschland und Brasilien,* Shaker Verlag, Aachen, 2007, p. 104 – 113.
2. Hans-Joachim Herrmann, Supranationale und internationale Gerichte, Europäisches Zivilprozessrecht-Generalia, S. III. In: Jürgen Basedow u. a., Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Band I, Mohr, Tübingen, 1982.
3. Hartmut Linke, *Internationales Zivilprozessrecht,* 3. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2001, p. 14 f.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION344 344 4/10/2007 14:39:44

Apesar de seu desenvolvimento cada vez mais rápido[4] nas décadas passadas, também devem ser constatados déficits no Direito Processual Civil Internacional em relação à real situação de uma proteção jurídica efetiva, pois nos casos com vinculação estrangeira também pode ser verificado, sem maiores dificuldades, o mesmo nível de proteção existente em processos puramente internos. Isso representa um fato freqüentemente criticado com relação ao Direito Processual Civil Internacional.[5]

Essas observações estão em contradição na Alemanha e na Europa, em relação ao fato de que a obrigação do Estado, de conceder uma efetiva proteção jurídica, é imanente tanto ao Direito alemão quanto ao Direito europeu.

Um importante elemento constitutivo de uma proteção jurídica efetiva no processo com referência internacional é a homologação de sentenças estrangeiras em um outro Estado, que deve ser investigado dentro do quadro dessa exposição. Este ensaio tentará apresentar possíveis desenvolvimentos futuros da importância fundamental e da concretização da necessidade de uma proteção jurídica efetiva através da homologação de sentenças estrangeiras no Direito Processual Civil Internacional de modo mais aprofundado pela perspectiva européia, mais precisamente, do ponto de vista do Direito alemão.

Com respeito à terminologia, deve ser fixado que o conceito de Direito Processual Civil Internacional é mal compreendido, pois até agora se trata basicamente de Direito nacional, e não de Direito internacional público ou, para o âmbito da União Européia, de Direito europeu.[6] O Direito Processual Civil Internacional, apesar da tendência internacional a ser percebida, de uma unificação e adaptação de um desenvolvimento que pode ser observado na Europa em proporções especiais,[7] foi internacionalmente unificado e adaptado somente em âmbitos parciais.

A questão de saber se e até que ponto existe uma influência do Direito Processual Civil alemão, especialmente do Direito Processual Civil Internacional

4. Isso se aplica ao desenvolvimento mundial, Gerhard Walther, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz,* p. 5, 2. ed., Bern, 1998.
5. Em geral, faz-se referência a um exemplo de caso dos mais graves da ausência de uma proteção jurídica efetiva por completa falta de acesso à justiça no Direito Processual Civil Internacional, por Thomas Rauscher, *Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht,* C.F. Müller Verlag, Heidelberg, já em seus esclarecimentos introdutórios sobre o Direito Processual Civil Internacional, p. 1.
6. O mesmo vale para o Direito Privado Internacional, que, apesar da designação confusa, até agora é basicamente também Direito nacional.
7. Vide a respeito Peter Gilles, Vereinheitlichung und Angleichung unterschiedlicher nationaler Rechte. *in: Zeitschrift für Zivilprozess International,* 7. Band, 2002, p. 3 – 37.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION345 345 4/10/2007 14:39:44

alemão em relação a outras ordens jurídicas, dentro do quadro da presente coleção, como por exemplo, a análise da questão da existência e do alcance do efeito do Direito Processual Civil alemão sobre a ordem jurídica brasileira, não poderia ser aqui analisada sem ultrapassar os limites da investigação. Neste ponto, serão feitas referências a excelentes estudos já existentes.[8]

Com diferentes definições, o termo "Direito Processual Civil Internacional alemão" é compreendido, a seguir, como o conjunto das normas alemãs que regulamentam, no Direito processual, como se deve proceder em casos de processo controverso com referência estrangeira ao objeto em litígio ou às partes. Existe uma referência estrangeira em um processo, entre outras características, quando um dos implicados no processo tem nacionalidade estrangeira ou uma permanência no estrangeiro, que é objeto de litígio ou de execução, quando uma prova se encontra no estrangeiro, quando um ato processualmente relevante teve lugar no estrangeiro, ou ainda, quando o Direito material aplicável à causa principal é Direito estrangeiro.[9]

O Direito Processual Civil Internacional é um âmbito parcial do Direito Processual Civil Internacional em Geral, que, ao lado do Direito Processual Civil Internacional, também abrange as regulamentações correspondentes para a jurisdição voluntária *(freiwillige Gerichtsbarkeit),* o Direito de falências e a jurisdição arbitral internacional.

2. ALGUNS DESENVOLVIMENTOS HISTÓRICOS E RECENTES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL NA ALEMANHA E NA EUROPA

O início do desenvolvimento histórico do Direito Processual Civil Internacional pode ser situado, em uma ampla reflexão sobre a Antigüidade, na Grécia e em Roma.[10]

---

8. Vide a respeito José Barbosa Moreira, Der Einfluss des deutschen Zivilprozessrechts in Portugal und Brasilien. *In:* Habscheid (org.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen,* Bielefeld, Gieseking Verlag, 1991, p. 387 ss; Willis Santiago Guerra Filho, *Die notwendige Streitgenossenschaft und die Gewährung des rechtlichen Gehörs Drittbetroffener bei Statusurteilen* – Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des brasilianischen, deutschen und italienischen Zivilprozessrechts, Bielefeld, 1994; Walter J. Habscheid (Hrsg.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen,* Bielefeld, 1991. *Generalidades sobre a comparação jurídica no Brasil:* Willis Santiago Guerra Filho, Special features of comparative law in Brazil. *In: Zeitschrift für Zivilprozess International,* 3. Band, 1998, p. 447 – 453 (449), com outras indicações detalhadas.
9. Gerhard Lüke, *Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung,* Band 1, 2. ed., C.H. Beck, München, 2000, Introdução, n. *298*.
10. A história do Direito Processual Civil Internacional (*Internationales Zivilprozessrecht*) alemão foi até agora insuficientemente investigada, contrariamente à história do Direito Privado Internacional alemão.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION346 346 4/10/2007 14:39:44

A competência para processos com a participação de estrangeiros cabia a tribunais especiais para estrangeiros.

Na Grécia, essa tarefa cabia aos *polemarchos*.

Em Roma, ela era realizada pelo *praetor peregrinus*. O *praetor peregrinus* não aplicava a *ius civile*, mas sim a *ius gentium*, fundamentos jurídicos gerais supra-estatais. Assim, esta correspondia a um direito especial para estrangeiros. O estrangeiro não tinha a faculdade de postular em juízo, e, para a proteção de seus direitos dependia de amigos nativos.[11]

O efeito da jurisprudência era delimitado estritamente pelo próprio território.[12] Não ocorria o reconhecimento de sentenças estrangeiras. No entanto, uma sentença proferida em Roma poderia ser executada nas províncias romanas.[13]

No início da Idade Média, as partes e o juiz deviam esclarecer um litígio conforme o Direito Tribal em que viviam e julgavam *(professio iuris)*. De acordo com isso era composto o tribunal correspondente. No final da Idade Média, impôs-se, em razão do crescimento do comércio decorrente de uma mistura das tribos, a vinculação do Direito a ser aplicado ao domicílio do devedor, ou à localização dos terrenos em litígio. Se alguém tivesse permanecido por muito tempo no terreno de um senhor feudal, submetia-se, assim, à sua jurisdição.

Na Idade Média, existiam, nas cidades alemãs, os chamados tribunais para estrangeiros, perante os quais os estrangeiros podiam interpor ações e serem acionados. Por meio do arresto para estrangeiros, de sua pessoa ou de seu patrimônio localizado na respectiva cidade, era exercida pressão sobre os estrangeiros, para se submeterem à jurisdição. Na Idade Média, a distinção entre o Direito Material e o Direito Processual começou igualmente a ganhar importância como problema.[14] Sentenças estrangeiras sempre eram evidentemente reconhecidas, desde que pudessem ser comprovadas.[15]

A formação dos Estados nacionais e as pretensões de soberania apresentadas por estes levaram, a partir do século XIII, a que sentenças estrangeiras não mais fossem reconhecidas, pois nenhum Estado era obrigado a reconhecer atos

11. Erwin Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht,* Mohr Siebeck, Tübingen, 1949, p. 56 s.
12. *"Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere".* Paulus, D. 2, 1, 20 *de iurisdictione*.
13. *"Sententiam Romae dictam etiam in provinciis posse praesides, si hoc iussi fuerint, ad finem persequi, imperator noster cum patre rescripsit".* Ulpian, C. 42, 1, 15, 1 *de re iudicata*.
14. Riezler, loc. cit., p. 63 f; Hans Schlosser, *Spätmittelalterlicher Zivilprozess nach bayerischen Quellen:* Gerichtsverfassung und Rechtsgang, Köln, Böhlau, 1971, p. 77 ss.
15. Vide a respeito: *Sachsenspiegel,* Landrecht III, 82, 1.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION347 347 4/10/2007 14:39:44

de soberania estrangeiros ou a aplicar o Direito estrangeiro. Um ponto de partida para a superação desse obstáculo das transações jurídicas internacionais foi a doutrina da *comunitas gentium*, que era defendida, no século XVII, entre outros, pelo Professor de Direito da *Universidade Franeker*, Ulrich Huber (1636-1694). Com referência ao postulado da *"courtoisie internationale",* a possibilidade do reconhecimento pelo princípio do respeito recíproco[16] fundamentava sua doutrina.

Desde o século XVIII, ocorreu um aumento dos contratos concluídos no âmbito do Direito internacional público. Depois que esses contratos estatais foram inicialmente concluídos, principalmente a nível bilateral, ocorreu, desde o século XIX, um aumento dos acordos multilaterais na área do Direito Processual Civil Internacional, entre estes, os acordos de Montevidéu, de 1889 e as primeiras convenções de Haia nos anos noventa do século XIX.

Depois que, com a Primeira Guerra Mundial, praticamente sucumbiram os esforços para igual tratamento internacional do Direito Processual Civil Internacional pela conclusão de acordos multilaterais, ocorreu novamente um crescimento dos acordos multinacionais somente após a Segunda Guerra Mundial.

Mais recentemente, pode ser percebida uma tendência à unificação e à adaptação do Direito Processual Civil Internacional em proporções especiais na Europa, por meio de numerosos acordos internacionais.[17] Ao mesmo tempo, o Direito Processual Civil Internacional pôde ser unificado e adaptado apenas em âmbitos parciais.[18] Não existe um acordo que se estenda a todas as áreas do Direito Processual Civil Internacional,[19] e por enquanto não há perspectivas de que venha a existir.

Até o momento, inexiste uma codificação abrangente, muitas vezes intencionada, para o Direito Processual Civil Internacional, e não apenas a nível do Direito internacional público. Até mesmo nas legislações nacionais dos Estados, o Direito Processual Civil Internacional, diferentemente do Direito Privado Internacional, por exemplo, raramente obteve uma regulamentação legal

16. A doutrina da "*comity*", para o reconhecimento de sentenças estrangeiras, teve repercussão principalmente nos Estados Unidos da América, e ainda hoje tem grande influência no Direito anglo-americano relativo aos conflitos. Vide Michael Stolleis, *Juristen,* S. 300 f., C.H. Beck, München, 2000.
17. Vide a respeito: Vereinheitlichung und Angleichung unterschiedlicher nationaler Rechte (nota 4).
18. Op. cit.
19. O *American Law Institute* criou, em 1997, um projeto de pesquisa intitulado "*Transnational Rules of Civil Procedure*", com o objetivo de normatizar as normas a serem aplicadas em um processo civil internacional, levando em consideração as tradições jurídicas anglo-americana e a continental-européia.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION348 348 4/10/2007 14:39:44

unificada.[20] Ao nível europeu, o objetivo de um código processual civil europeu já foi formulado e até mesmo apresentado pela Comissão da União Européia em 1993, na forma de uma proposta para um projeto-modelo de um código processual civil europeu. O caminho para um código processual civil unificado ainda parece longo.[21]

3. AS REGULAMENTAÇÕES VIGENTES SOBRE O DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA E SUA RELAÇÃO HIERÁRQUICA RECÍPROCA

A situação na República Federal da Alemanha é típica para a situação predominante no cenário internacional em relação à codificação não unificada do Direito Processual Civil Internacional.

Na Alemanha, lamentavelmente, as regulamentações isoladas encontram-se largamente dispersas em uma multiplicidade de leis nacionais. Além disso, existe um número quase incalculável de contratos multilaterais e bilaterais do Direito público internacional, vigentes na Alemanha, assim como regulamentos europeus e diretrizes da Comunidade Européia.

a) Entre as leis nacionais da Alemanha que regulamentam o Direito Processual Civil Internacional estão, entre outras, as citadas a seguir:

– O Código Processual Civil (*Zivilprozessordnung* – ZPO).[22] Nele se encontram, entre outras, as regulamentações sobre a competência, §§ 15, 16, 23, 23 a, 27, *Abs*. 2, 32 a, 32 b, 38, 606 a, *Abs*. 1, 640 a, *Abs*. 2, 828, *Abs*. 2, e 899 sobre a competência. O § 55 da *Zivilprozessordnung* (ZPO) regulamenta a capacidade processual, enquanto os §§ 110 ff. ZPO regulamentam a seguran-

20. Constitui uma exceção a isso a *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (IPRG – Lei Federal sobre o Direito Privado Internacional) da Suíça, que entrou em vigor a 1.1.1989. Nela, estão regulamentados o Direito Privado Internacional, a competência internacional, o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras, o Direito Internacional das falências e a jurisdição arbitral internacional. Vide a respeito: Gerhard Walter, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz,* 2. Auflage, UTB Verlag, Bern, 1998.
21. Vide ZZP 109 (1996), S. 345 ff.
22. A "*Civilprozessordnung*" (CPO – Código Processual Civil), de 30.01.1877, entrou em vigor a 01.10.1879, com a *Gerichtsverfassungsgesetz* (Código de organização e divisão judiciárias), a *Strafprozessordnung* (Código Processual Penal) e a *Konkursordnung* (Código de Falências), como uma das leis do Império Alemão sobre a justiça (*Reichsjustizgesetze*). Com isso, foi alcançada, pela primeira vez, uma unificação do processo judicial na Alemanha. O Direito Processual Civil alemão tem suas origens na recepção, nos séculos XIV e XV, do Direito canônico romano e do Direito germano, vindos para a Alemanha. Em 1495, foi instituído o *Reichskammergericht* (Tribunal Superior do Império Alemão), primeiramente com sede em Frankfurt, e a partir de 1693, em Wetzlar, como permanente Tribunal Superior do Império (*Reichsgericht*). O processo era realizado por escrito e não publicamente, subdividido em numerosas etapas

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION349 349 4/10/2007 14:39:45

ça dos estrangeiros. O § 116 *Satz* 1 Nr. 2 ZPO contém uma regulamentação especial do IZVR para auxílio de custas processuais. Regulamentações especiais sobre os prazos são encontradas nos §§ 274 *Abs*. 3, *Satz* 2; 276, *Abs*. 1, *Satz* 3; 339 *Abs*. 2 e 647 *Abs*. 1 *Satz* 3 ZPO. Os §§ 313 a, *Abs*. 4 Nr. 5 e *Abs*. 5; 313 b *Abs*. 3 e 922, *Abs*. 1 *Satz* 2 ZPO estabelecem regulamentações especiais sobre os fundamentos das sentenças. Os §§ 328 e 606 *lit*. a *Abs*. 2 ZPO dedicam-se ao reconhecimento da sentença. Os §§ 363, 364 e 369 ZPO referem-se à coleta de provas. O § 438 ZPO refere-se a documentos públicos estrangeiros. Os §§ 689 *Abs*. 2 e 703 *lit*. d ZPO regulamentam processos monitórios, os §§ 722 e 723 ZPO, sentenças executórias, o § 917, *Abs*. 2 ZPO, o arresto. Sentenças arbitrais estrangeiras são tratadas no § 1061 ZPO. Finalmente, os §§ 1067 até 1086 ZPO regulamentam a colaboração judiciária na União Européia.

– No Código de organização e divisão judiciárias (GVG – *Gerichtsverfassungsgesetz*), encontram-se, nos §§ 18 ff, regulamentações sobre a isenção da jurisdição e sobre a linguagem judicial, §§ 184 ff.

– Na lei sobre os assuntos referentes à jurisdição voluntária (*freiwillige Gerichtsbarkeit* – FGG), o reconhecimento de sentenças estrangeiras está regulamentado no § 16 a, a competência nos §§ 35 b, 43 b, 44 ff, 65 e 73; o § 47 regulamenta o chamado *forum non conveniens*.

---

processuais e prazos, e era considerado lento e moroso. Em oposição a isto, o processo saxônio objetivava, comparativamente, um processo acelerado, com uma sentença baseada em provas, que excluía alegações posteriores. A partir de ambos, desenvolveu-se o chamado „*Gemeiner Prozess*“ (processo comum). Esses códigos processuais foram, por meio da reforma, primeiramente implantados na Prússia, onde o *corpus iuris Fridericianum* de 1781 revogou as „*Verhandlungs – und Eventualmaxime*“, e o Tribunal acionava o processo e esclarecia os fatos (Nota do autor: *Verhandlungsgrundsatz* significa que as partes determinam, em caso de litígio, quais fatos apresentarão perante o tribunal para decisão e quais fatos necessitam de provas. O contrário é o *Untersuchungsgrundsatz*. O *Verhandlungsgrundsatz* existe na Alemanha apenas em Processo Civil, âmbito em que também é restrito. *Eventualmaxime* é a designação para a máxima processual civil, segundo a qual todos os recursos semelhantes de defesa e acusação devem ser apresentados em determinado estágio do processo.). Em 1806, o *Code de Procédure Civile* entrou em vigor na França e mais tarde vigorou também nas áreas situadas à margem esquerda do Rio Reno, na Alemanha. Aqui, o processo era acionado exclusivamente pelas partes. O tribunal limitava-se à decidir. O *Code de Procédure Civile* serviu de modelo para alguns códigos processuais posteriores, como o de Baden, de 1864, e o da Baviera, de 1869. Em sua configuração original, o CPO tinha uma concepção processual liberal, que considerava o processo civil como assunto particular das partes. Como foi negado um interesse público na busca da verdade, os fatos deveriam ser esclarecidos apenas através das partes e de seus interesses opostos, tendo o juiz uma função passiva. Desde então, o Código Processual Civil foi submetido a numerosas alterações que transformaram o processo judicial; vide a respeito pormenorizadamente com outras indicações: Max Vollkommer, Introdução, n. 1 – 25 *In:* Richard Zöller, *Zivilprozessordnung,* 23. ed., Otto Schmidt Verlag, Köln, 2002; Bernd Kannowski, *Zur Geschichte des Anwaltsberufs in Deutschland. In:* Hartmut-Emanuel Kayser (org.), *Anwaltsberuf im Umbruch, Tendenzen in Deutschland und Brasilien,* p. 43 – 67, Shaker Verlag, Aachen, 2007.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION350 350 4/10/2007 14:39:45

– O Código das Falências (*Insolvenzordnung* – InsO) contém normas relevantes para o Direito Processual Civil Internacional nos §§ 335 até 358 InsO.

– O § 2369 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão) regulamenta a competência no caso de outorga de um título jurídico contrário restrito de direito do herdeiro.

– No art. 7 § 1 da Lei para a alteração do Direito de Família (*Gesetz zur Änderung des Familienrechts* – FamRG), está regulamentado o reconhecimento de sentenças estrangeiras em caso de litígio matrimonial.

– Na Lei do estado civil (*Personenstandgesetz* – PstG), § 5 a, encontram-se as normas sobre o certificado de capacidade matrimonial, nos §§ 29 ss., o registro de nascimentos, bem como o reconhecimento da paternidade e da maternidade, e o caso do estado civil no estrangeiro é tratado no § 41 PstG.

– Regulamentações sobre a execução forçada encontram-se nos §§ 103 ff. da Lei sobre direitos relativos a aeronaves (*Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen*), de 26.2.1959.[23]

– Regulamentações sobre o reconhecimento e a execução encontram-se na Lei sobre a execução de contratos entre Estados e para a realização de regulamentos da União Européia, no âmbito do reconhecimento e da execução de assuntos civis e comerciais (*Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen der EG auf dem Gebiet der Annerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen*), de 19.2.2001.[24]

– Disposições sobre o direito à pensão alimentícia e à assistência jurídica encontram-se na Lei sobre a reivindicação do direito à pensão alimentícia nas transações com Estados estrangeiros (*Gesetz zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Verkehr mit ausländischen Staaten*), de 19.12.1986.[25]

– A concretização dos instrumentos do Direito de Família está regulamentada pela Lei sobre a execução e a realização de determinados instrumentos jurídicos no âmbito do Direito Internacional de Família (*Gesetz zur Aus- und Durchführung bestimmter Rechtsinstrumente auf dem Gebiet des internationalen Familienrechts*) , de 26.1.2005.[26]

23. *Bundesgesetzblatt* (BGBl.) I, 1959, p. 57.
24. BGBl. I, 2001, p. 288.
25. BGBl. I, 1986, p. 2563.
26. BGBl. I, 2005, p. 162.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION351 351 4/10/2007 14:39:45

– A declaração judicial de morte está regulamentada no § 12 da Lei sobre as pessoas desaparecidas (*Verschollenheitsgesetz*), de 15.1.1951.[27]

– Normas do Direito Processual Civil Internacional encontram-se também na lei consular (*Konsulargesetz*) de 1.9.1974.[28]

b) Paralelamente ao Direito nacional alemão, o Direito Processual Civil Internacional é determinado por uma grande multiplicidade de acordos do Direito internacional público, que obtiveram vigência para a Alemanha. Deve ser observada aqui uma tendência mundial e regional, européia, à unificação e à adaptação do Direito Processual Civil Internacional.[29]

Por um lado, devem ser citados os contratos multilaterais do Direito Internacional Público.[30]

---

27. BGBl. I, 1951, p. 63.
28. BGBl. I, 1974, p. 2317.
29. Gerhard Walter, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz,* p. 54 ff.
30. Por exemplo, o *Revidierte „Rheinschifffahrtsakte"* (o renovado Regulamento internacional de navegação do Rio Reno), de 17.10.1868, na forma da nova redação de 1969, BGBl.1969 II, p. 597; *das Internationale Abkommen vom 17.7.1905 über den Zivilprozess* (Acordo Internacional sobre o processo civil), RGBl. 1909, p. 409 – que vigora ainda somente nas relações entre a Alemanha e a Islândia; *das Internationale Übereinkommen vom 10.04.1926 zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Immunität der Staatsschiffe* (Acordo Internacional sobre o estabelecimento unificado de regras sobre a imunidade de embarcações governamentais), RGBl. 1927, S. 483 e 1936 II, p. 303; *das Abkommen vom 7.12.1944 über die Internationale Zivilluftfahrt* (Acordo sobre a aviação civil internacional), BGBl. 1956 II, p. 411, 934; *Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen vom 13.12.1946* (Acordo sobre os privilégios e imunidades das Nações Unidas), BGBl. 1980 II, p. 941 e 1981 II, p. 34; *Abkommen über die Vorrechte und Befreiungen der Sonderorganisationen der Vereinten Nationen* (Acordo sobre os privilégios e isenções das organizações especiais das Nações Unidas), BGBl.1954 II, p. 639 e 1966 II, p. 287, bem como 1967 II, S. 1207; *Allgemeines Abkommen vom 2.9.1949 über die Vorrechte und Befreiungen des Europarates und Zusatzprotokoll vom 6.11.1952* (Acordo Geral de 2.9.1949 sobre os privilégios e isenções do Conselho Europeu e Protocolo adicional de 6.11.1952), BGBl. 1954 II, p. 493, 1958 II, p. 61; *NATO-Truppenstatut vom 19.6.1951* (Estatuto das tropas da OTAN), BGBl. 1961 II, p. 1183, 1190, bem como o *Abkommen zur Änderung des Zusatzprotokolls* (Acordo para Alteração do Protocolo adicional), BGBl. 1994 II, p. 2594; *Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge* (Acordo sobre a situação jurídica de exilados) BGBl. 1953 II, p. 559 e 1954 II, p. 619; *Übereinkommen vom 10.5.1952 zur Vereinheitlichung von Regeln über den Arrest in Seeschiffe* (Acordo sobre a unificação de regras referentes ao arresto em embarcações marítimas), BGBl. 1972 II, p. 653 ff., 1973 II, p. 172; *Internationales Übereinkommen vom 10.5.1952 zur Vereinheitlichung von Regeln über die zivilgerichtliche Zuständigkeit bei Schiffszusammenstößen* (Acordo Internacional sobre a unificação de regras referentes à competência civil-judicial em colisões de embarcações), BGBl. 1972 II, p. 653, 663, 1973 II, p. 172; *Haager Übereinkommen vom 1.3.1954 über den Zivilprozess* (Acordo de Haia sobre o processo civil), BGBl. 1958 II, S. 577, 1959 II, p. 1388; *Übereinkommen vom 28.9.1954 über die Rechtsstellung von Staatenlosen* (Acordo de Haia sobre a situação jurídica dos apátridas), BGBl. 1976 II, p. 473, 1977 II, p. 235; *Übereinkommen vom 11.5.1955 über den Status der Westeuropäischen Union, der nationalen Vertreter und des internationalen Personals* (Acordo sobre o status da União da Europa Ocidental, dos representantes nacionais e do pessoal internacional), BGBl. 1959 II, p. 704, 1268; *Europäisches Niederlassungsabkommen vom 13.12.1955* (Acordo sobre o estabelecimento europeu), BGBl. 1959 II, S. 997, 1965 II, p. 1099; *Genfer Übereinkommen vom 19.5.1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION352 352 4/10/2007 14:39:45

(Acordo de Genebra sobre o contrato de transporte internacional de mercadorias por rodovia), BGBl. 1961 II, p. 1119, 1962 II, p. 12; o *New Yorker Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20.6.1956 über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland* (Acordo de Nova Iorque das Nações Unidas, sobre a reivindicação do direito à pensão alimentícia no estrangeiro), BGBl. 1959 II, p. 150, 1377; *Übereinkommen vom 27.9.1956 über die Erteilung gewissser für das Ausland bestimmter Auszüge aus Personenstandsbüchern* (Acordo sobre a outorga de certos extratos dos livros de registro civil destinados ao estrangeiro), BGBl. 1961 II, p. 1055, 1962 II, p. 42; *Moselschifffahrtsabkommen vom 27.10.1956* (Convenção sobre a navegação no Rio Mosel), BGBl. II, p. 1838, 1957 II, p. 2; *Übereinkommen vom 26.09.1957 über die kostenlose Erteilung von Personenstandsurkunden und den Verzicht und ihre Legalisation* (Acordo sobre a outorga a título gratuito de documentos sobre o estado civil e a renúncia e sua legalização), BGBl. 1961 II, p. 1055, 1067, 1962 II, p. 43; *Internationales Übereinkommen vom 10.10.1957 über die Beschränkung der Haftung der Eigentümer von Seeschiffen* (Acordo Internacional sobre a limitação da responsabilidade dos proprietários de embarcações marítimas), BGBl. 1972 II, p. 653, 672; *Übereinkommen vom 15.4.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern* (Acordo sobre o reconhecimento e a execução de decisões no âmbito da obrigação de pensão alimentícia perante os filhos), BGBl. 1961 II, p. 1005; *New Yorker Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 10.06.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche* (Acordo de Nova Iorque das Nações Unidas sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras), BGBl. II, p. 121, 1962 II, p. 102; *Übereinkommen vom 4.9.1958 über den internationalen Austausch von Auskünften in Personenstandsangelegenheiten* (Acordo sobre a troca internacional de informações em assuntos sobre o estado civil), BGBl. 1961 II, p. 1055, 1071, 1962 II, S. 44; *Vereinbarung vom 1.7.1959 über die Vorrechte und Befreiungen der Internationalen Atomenergie-Organisation* (Acordo sobre os privilégios e isenções da Organização Internacional da energia atômica), BGBl.1960 II, p. 1993, 2108, 2321; *Vereinbarung vom 15.3.1960 zur Vereinheitlichung einzelner Regeln über den Zusammenstoß von Binnenschiffen* (Acordo sobre a unificação de regras isoladas sobre a colisão de embarcações fluviais), BGBl. 1972 II, S. 1005, 1973 II, p. 1495; *Europäisches Abkommen vom 22.6.1960 zum Schutz von Fernsehsendungen* (Acordo Europeu para a proteção de transmissões televisivas), BGBl. 1965 II, p. 1234; *Pariser Übereinkommen vom 29.7.1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie und Zusatzprotokoll vom 28.1.1964* (Acordo de Paris de 29.7.1960 sobre a responsabilidade perante terceiros no âmbito da energia nuclear e Protocolo adicional de 28.1.1964), BGBl. 1985, p. 963; *Internationales Übereinkommen vom 13.12.1960 über die Zusammenarbeit zur Sicherung der Luftfahrt „EUROCONTROL"* (Acordo Internacional sobre a colaboração para a proteção da aviação „EUROCONTROL"), BGBl. 1962 II, p. 2273, 1963 II, p. 776*; Wiener Übereinkommen vom 18.4.1961 über diplomatische Beziehungen* (Acordo de Viena sobre relações diplomáticas), BGBl. 1964 II, p. 958, 1965 II, p. 147; *Europäisches Übereinkommen vom 21.4.1961 über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit* (Acordo Europeu sobre a arbitragem comercial internacional), BGBl. 1964 II, p. 425, 1965 II, p. 107; *Übereinkommen vom 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation* (Acordo sobre a isenção de legalização para documentos públicos estrangeiros) , BGBl. 1965 II, p. 875, 1966 II, p. 106; *Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen – MSA* (Acordo de Haia sobre a competência das autoridades e o Direito a ser aplicado no âmbito da proteção de menores), BGBl. 1971 II, p. 219, 1150; *Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 24.4.1963 über konsularische Beziehungen* (Acordo de Viena das Nações Unidas sobre relações consulares), BGBl. 1969 II, p. 1587; *Übereinkommen vom 10.9.1964 betreffend die Entscheidungen über die Berechtigung von Einträgen in Personenstandsbüchern* (Acordo referente às decisões sobre a legitimação de inscrições no registro do estado civil), BGBl. 1969 II, p. 445, 588; *Haager Übereinkommen vom 18.3.1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten*, (Acordo de Haia para a regularização de conflitos de investimento entre Estados e membros de outros Estados) BGBl. 1969 II, p. 369, 1191; *Haager Übereinkommen vom 15.11.1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen* (Acordo de Haia sobre a notificação de documentos judiciais e extrajudiciais em assuntos civis e comerciais), BGBl. 1977 II, 1452; 1979 II, p. 779; *Europäisches Übereinkommen vom 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht* (Acordo Europeu referente a consultas sobre o Direito estrangeiro), BGBl. 1974 II, S. 938, 1975 II, p. 300; *Europäisches Übereinkommen vom 7.6.1968 zur Befreiung der von diplomatischen oder*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION353 353 4/10/2007 14:39:46

Estes foram elaborados principalmente a partir da existência da Conferência de Haia para o Direito Privado Internacional, em 1893, que criou alguns acordos, pelas Nações Unidas e suas comissões, pelo Conselho Europeu e pela *Comission Internationale de l'État Civil* (CIEC), bem como pelos Estados da Comunidade Econômica Européia como tal, desde que através do Direito

---

konsularischen Vertretern errichteten Urkunden von der Legalisation (Acordo Europeu sobre a isenção da legalização de documentos outorgados por representantes diplomáticos ou consulares), BGBl. 1971 II, p. 85, 1023; *Brüsseler EWG-Übereinkommen vom 27.9.1969 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (GVÜ) in Form der Neufassung vom 29.11.1996* (Acordo de Bruxelas da Comunidade Econômica Européia de 27.9.1969 sobre a competência judicial e a execução de decisões judiciais em assuntos civis e comerciais na forma da nova redação de 29.11.1996), BGBl. 1998 II, p. 1411, 1999 II, p. 419; *Haager Übereinkommen vom 18.3.1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen* (Acordo de Haia sobre a coleta de provas no estrangeiro em assuntos civis e comerciais), BGBl. 1977 II, p. 1452, 1472, BGBl. 1979 II, p. 780; *Europäisches Übereinkommen vom 16.5.1972 über Staatenimmunität* (Acordo Europeu sobre a imunidade dos Estados), BGBl. 1990 II, p. 34, 1440; *Übereinkommen vom 13.9.1973 über die Angabe von Familiennamen und Vornamen in den Personenstandsbüchern* (Acordo sobre a informação de nomes de família e de pré-nomes no registro do estado civil), BGBl. 1976 II, p. 1473, 1977 II, p. 254; *Haager Übereinkommen vom 2.10.1973 über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen* (Acordo de Haia sobre o reconhecimento e a execução de decisões sobre a pensão alimentícia), BGBl. 1986 II, p. 826, 1987 II, S. 220; *Übereinkommen vom 5.10.1973 über die Erteilung europäischer Patente*, (Acordo sobre a concessão de patentes européias) BGBl. 1976 II, p. 649, 826 *nebst Protokoll über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen über den Anspruch auf Erteilung eines europäischen Patents* (acompanhado do protocolo sobre a competência judicial e o reconhecimento de sentenças sobre a pretensão à concessão de uma patente européia), BGBl. 1976 II, p. 982; *Übereinkommen vom 9.5.1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr* (Acordo sobre o tráfego ferroviário internacional), BGBl. 1985 II, p. 130, 1001 (substitui o Acordo de 7.2.1970); *Europäisches Übereinkommen vom 20.5.1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses* (Acordo Europeu sobre o reconhecimento e a execução de sentenças sobre o direito de guarda de menores e o restabelecimento da relação de guarda), BGBl. 1990 II, 206, 220, BGBl. 1991 II, p. 392; *Haager Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung* (Acordo de Haia sobre os aspectos cíveis do seqüestro internacional de menores), BGBl. 1990 II, p. 207, 1991 II, p. 329; *Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10.12.1982* (Acordo sobre o Direito Marítimo das Nações Unidas), BGBl. 1994 II, p. 1798, 1995 II, S. 602; *Internationales Übereinkommen von 1984 über die zivilrechtliche Haftung für Ölverschmutzungsschäden* (Acordo Internacional sobre a responsabilidade cível para danos causados pela poluição do óleo), BGBl. 1988 II, S. 825, 1994 II, p.1152; *Luganer Übereinkommen vom 16.9.1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil – und Handelssachen* (Acordo de Lugano sobre a competência judicial e a execução de decisões judiciais em assuntos civis e comerciais), BGBl. 1994 II, p. 2658; *Haager Übereinkommen vom 29.5.1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption* (Acordo de Haia sobre a proteção de menores e a colaboração no âmbito da adoção internacional), BGBl. 2001 II, p. 1034, 2002 II, p. 2872; *Montraler Übereinkommen vom 28.5.1999 zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr* (Acordo de Montreal sobre a unificação de determinadas normas referentes ao transporte na aviação internacional), BGBl. 2004 II, p. 458; *Übereinkommen vom 9.2.2002 über die Vorrechte und Immunitäten des internationalen Strafgerichtshofs* (Acordo sobre os privilégios e imunidades do Tribunal Internacional Criminal), BGBl. 2004, p. 1138, 1782; *Abkommen vom 19.10.2005 zwischen der EG und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, (Acordo entre a Comunidade Européia e o Reino da Dinamarca sobre a competência judicial e o reconhecimento e a execução de sentenças em assuntos civis e comerciais) EU-ABl. 2005 L 299, p. 62.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION354 354 4/10/2007 14:39:46

comunitário primário, isto é, desde que os contratos de fundação jurídico-europeus tenham obtido um mandato adicional.

Além disso, existem numerosos acordos bilaterais do Direito internacional público entre a Alemanha e outros Estados. Aqui devem ser destacados principalmente acordos de reconhecimento e execução, acordos de assistência jurídica e de legalização e diversos contratos de comércio, civis, de consulta jurídica, de estabelecimento, de sucessão, de falências e de navegação.

Por outro lado, os regulamentos juridicamente secundários da Comunidade Européia e as Diretrizes do Direito Europeu têm também grande importância para o Direito Processual Civil Internacional alemão[31].

Na execução do mandato contido no art. 220 do *EWG-Vertrag* (*Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft* – Contrato da Comunidade Econômica Européia) para a „simplificação das formalidades para o reconhecimento e execução recíprocas de sentenças judiciais", os Estados da Comunidade Econômica Européia criaram e ratificaram o Acordo de 27.9.1968 sobre a competência judicial e a execução de sentenças judiciais para assuntos civis e comerciais (*Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung*

31. *VO (EG) Nr. 40/94 vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke* (Regulamento (CE) sobre a marca comunitária), EG-ABl. 1994 L 11; *VO (EG) Nr. 2100/94 vom 27.7.1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz* (Regulamento (CE) sobre a proteção comercial de espécies de plantas), EG-ABl. 1994 L 227, p. 1; *VO (EG) Nr. 1346/2000 vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren* (EuInsVO – Regulamento (CE) sobre os processos de falência), EG-ABl. 2000 L 160, p. 1; *VO (EG) Nr. 1348/2000 vom 29.5.2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten* (EuZVO – Regulamento (CE) sobre a notificação de documentos judiciais e extrajudiciais referentes a assuntos civis e comerciais nos Estados-membros), EG-ABl. 2000 L 160, p. 37; *Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen* – EuGVO (Regulamento (CE) sobre a competência judicial e o reconhecimento e execução de sentenças em assuntos civis e comerciais), EG-ABl. 2001 L, p. 1; *VO (EG) Nr.1206/2001 vom 28.5.2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen* (Regulamento (CE) sobre a colaboração entre os tribunais dos Estados-membros em assuntos civis e comerciais), EG-ABl. 2001 L 174, p. 1; *VO (EG) Nr. 6/2002 vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmackmuster* (Regulamento (CE) sobre modelos e desenhos artísticos comunitários), EG-ABl. 2002 L 3, p. 1; *VO (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung* (Regulamento (CE) sobre a competência e o reconhecimento de sentenças em litígios matrimoniais e em processos referentes à responsabilidade paterna), EU-ABl. 2003 L 338; *VO (EG) Nr. 805/2004 vom 21.4.2004 zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen* (Regulamento (CE) para a introdução de um título executório europeu para pretensões incontroversas), EU-ABl. 2004 L 143, p. 15; *Richtlinie 2003/8/EG vom 27.1.2003 zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen* (Diretriz para o aperfeiçoamento do acesso ao Direito em causas litigiosas com referência estrangeira através da constatação de normas mínimas para o auxílio de custas processuais em tais causas), EG-ABl. 2003 L 26, p. 41.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION355 355 4/10/2007 14:39:46

gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen – GVÜ),[32] que, embora tenha sido criado pelos Estados-membros da União Européia, não representa Direito comunitário, mas sim, em razão do antigo Art. 220 do Contrato da Comunidade Econômica Européia, atual art. 293 EUV – *Vertrag über die Europäische Union*, representa um acordo multinacional do Direito Internacional Público, criado "para a simplificação das formalidades para o reconhecimento recíproco e a execução de sentenças judiciais".

Após a entrada em vigor do Contrato de Amsterdão de 2.10.1997, a colaboração judicial tornou-se competência direta da União Européia. Com base no art. 65 EGV, o Conselho autoriza as medidas necessárias "para a construção gradual de um espaço de liberdade, de segurança e de Direito", a Comissão da Comunidade Européia criou o regulamento mencionado (CE) Nº. 44/2001, de 22.12.2000, sobre a competência judicial e o reconhecimento e a execução de sentenças em assuntos civis e comerciais (EuGVO).

Entre os doze Estados-membros da União Européia daquela época, como Estados contratantes do GVÜ e os seis Estados que naquela época formavam o EFTA (*European Free Trading Association* – Associação Européia de Livre Comércio), foi assinado em 1988 o Acordo de Lugano, sobre a competência judicial e a execução de sentenças judiciais em assuntos civis e comerciais (*Übereinkommen von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in zivil- und Handelssachen* – LugÜ).[33]

A União Européia trabalha, no momento, na introdução de um processo monitório europeu[34] e em um regulamento para a introdução de um processo europeu para créditos de pouca importância. Estão planejadas ou são previstas outras unificações no Direito das obrigações e no Direito econômico.[35] A Conferência de Haia para o Direito Privado Internacional trabalha, desde 1992, em um acordo universal de reconhecimento e execução.[36]

Deve ser considerado que os problemas do Direito Processual Civil Internacional, e de resto do Direito jurisprudencial, freqüentemente são tratados como orientação a questões paralelas do Direito Processual Civil interno[37].

---

32. EG-ABl. 1972 L 299, p. 32. Embora o GVÜ tenha sido criado por Estados membros da União Européia, não representa Direito comunitário.
33. EG-ABl. 1988 L 319, p. 9.
34. Este deve corresponder, em grande parte, ao processo monitório do Direito alemão.
35. Vide a respeito Gilles, loc. cit.
36. No entanto, este acordo ameaça fracassar já no início, pois especialmente os europeus recusam as amplas regulamentações de competência exigidas pelos americanos que possibilitem a política econômica externa.
37. Assim, por exemplo, na competência internacional em âmbito legal não regulamentado; vide Rauscher, *Internationales und Europäisches Zivilverfahrensrecht***,** p. 9, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION356 356 4/10/2007 14:39:46

A relação hierárquica entre as normas e regulamentações dos diferentes níveis apresenta-se para a Alemanha como segue: acordos do Direito Internacional Público, desde que tenham se tornado Direito alemão interno diretamente aplicável, precedem o Direito alemão restante, Art. 3 Abs. 2 *Satz* 1 da lei introdutória ao BGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* – EGBGB)[38]. Dentro do Direito de mesma hierarquia, prevalece o mais especial, "*lex specialis derogat legi generali*".[39]

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH), os tribunais alemães aplicam exclusivamente o Direito processual alemão em vigor na Alemanha em seus processos pendentes.[40] Isto vale também para os casos em que os tribunais, em razão do Direito Privado Internacional alemão, aplicaram o Direito das Coisas estrangeiro ou quando ambas as partes são estrangeiras. Este princípio, designado como princípio *lex-fori*, é criticado na literatura na Alemanha, sem que, até agora, isso tenha levado a alterações da jurisprudência.[41]

A *lex-fori* decide sobre a qualificação de uma disposição como jurídico-material ou jurídico-processual. Se se trata de uma questão de um determinado assunto de natureza jurídico-material, a questão subordina-se ao Direito material referente ao Direito Privado Internacional; se, ao contrário, se trata de uma questão de natureza jurídico-processual, ela se subordina à *lex-fori*.[42]

4. GENERALIDADES SOBRE A NECESSIDADE DE UMA PROTEÇÃO JURÍDICA EFETIVA – GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA PARA CIDADÃOS E ESTRANGEIROS

A exigência de eficácia da proteção jurídica a ser garantida vem sendo tratada não apenas na Alemanha e na Europa, mas também em praticamente todos os Estados, há muitas décadas.

---

38. Há uma exceção com respeito ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, para as quais vale o „*Günstigkeitsprinzip*" (Princípio da prevalência de acordos individuais vantajosos sobre normas coletivas).
39. Com respeito às competências internacionais, os contratos do Direito internacional público contêm, por isso, regulamentações conclusivas para seu âmbito de aplicação.
40. BGH, WM 1977, p. 793 (794); NJW 1985, p. 552 (553).
41. Gerhard Lüke, *Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung,* vol. 1, 2. ed., C. H. Beck, München, 2000, com outras indicações. Desde que os tribunais estrangeiros requeiram atos de assistência judicial, deve-se proceder em princípio, também de acordo com a *lex fori* alemã, a não ser que o tribunal escolhido requeira formas especiais (Art. 7 *EG-ZustellungsVO*; Art. 3 Absatz 2, 14 Absatz 2 HZPÜ, Art. 5 Absatz 1 (b) HZÜ, Artikel 9, Absatz 2 HBÜ).
42. Thomas Rauscher, *Internationales und Europäisches Zivilverfahrensrecht,* p. 2 C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION357 357 4/10/2007 14:39:47

Também no Brasil é dada especial atenção à necessidade de uma efetiva proteção jurídica na doutrina e na práxis jurídica. São exemplares as constatações de Luiz Henrique do Amaral, de 2006, sobre a questão da efetividade da proteção jurídica e do aspecto específico da duração do processo no Brasil,[43] pois

> […] para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado esperado, é imprescindível que o titular da posição jurídica de vantagem (...) possa se valer de mecanismos aptos a assegurar não somente a tutela formal de seu direito, como também a proteção real, capaz de proporcionar-lhe, na medida do possível, a mesma situação que o adimplemento espontâneo da norma pelo devedor lhe adviria. (...) Muitas vezes, o decurso do tempo é incompatível com a efetividade da jurisdição, especialmente quando há risco de perecimento do direito onde se reclama tutela urgente. No mais, a demora processual pode vir a beneficiar indevidamente o réu.

O problema de uma proteção jurídica efetiva é, em razão de sua importância fática, não apenas objeto de reflexões teóricas, mas foi e é também objeto de numerosas propostas dos parlamentos nacionais e através de acordos do Direito Internacional Público .

Na Alemanha, o Direito a uma proteção jurídica efetiva desenvolveu-se a partir da garantia de acesso à justiça (*Justizgewährleistungsanspruch*), que também é designada em alemão *Justizgewährungsanspruch* ou *Justizanspruch*. A princípio, sua derivação foi controversa na literatura jurídica. A garantia de acesso à justiça na Alemanha apóia-se tanto em disposições nacionais como em normas do Direito Internacional Público.

O fundamento jurídico nacional encontra-se no princípio de legalidade da Constituição alemã (*Grundgesetz* – GG). Entrementes, a existência da garantia de acesso à justiça e seu conteúdo tornaram-se reconhecidos em geral na Jurisprudência e na literatura. Nos casos da falta de reconhecimento ou da violação de um direito subjetivo que cabe a um indivíduo, é basicamente proibido na Alemanha ao próprio indivíduo impor seu direito coercivamente. Como compensação à proibição básica da autojustiça,[44] pelo indivíduo, existe a pretensão jurídico-pública, dirigida contra o Estado, de proteção jurídica. Esta obrigação

43. Luiz Henrique do Amaral, Die Praxis der anwaltlichen Tätigkeit in Brasilien (administrative, gerichtliche und Schlichtungsstrategien). *In:* Hartmut-Emanuel Kayser (Hrsg.), *Anwaltsberuf im Umbruch, Tendenzen in Deutschland und Brasilien,* Shaker Verlag, Aachen, 2007, p. 104 ss (117, 122 s) com outras indicações detalhadas.

44. A autojustiça é admissível apenas em casos de exceção, quando esta for obrigatoriamente ordenada para impedir a perda de um direito, no Direito Civil, por exemplo, conforme os §§ 227 até 229, 562 Absatz 1, 859, 904 e 962 BGB. Em todas as demais circunstâncias que não se subordinem a essas exceções, o titular do direito depende da assistência do Estado para a imposição de seu direito.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION358 358 4/10/2007 14:39:47

do Estado, de conceder proteção jurídica, é designada como garantia de acesso à justiça (*Justizgewährungsanspruch*), e entendida como a obrigação dos tribunais do Estado de fazer todo o necessário para a realização apropriada do requerimento de proteção jurídica.[45] Na Alemanha, a garantia de acesso à justiça é concedida não apenas aos cidadãos, mas igualmente aos estrangeiros – também isto é de reconhecimento geral.[46]

5. A PRETENSÃO DE PROTEÇÃO JURÍDICA EFETIVA DE ACORDO COM O PADRÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

a. Direito internacional público universal

O Direito Público Internacional Consuetudinário proíbe, o *deni de justice*, a recusa à proteção jurídica. Existe unanimidade a respeito da existência fundamental desta proibição de recusa para os Estados perante os estrangeiros. São controversas, no entanto, numerosas outras questões referentes ao conteúdo e ao alcance dessa proteção. Assim, não existe unanimidade, por exemplo, em relação à questão de saber se tanto cidadãos quanto estrangeiros estão sob esta proteção, ou se apenas a constelação a seguir é abrangida por ela, na qual, em tempos de paz, é negado aos estrangeiros o acesso aos tribunais existentes, ou se, respectivamente, também pode ser considerada uma violação dessa proteção aos estrangeiros o fato de que o Estado, em geral, não coloca à disposição uma organização judiciária suficiente para o padrão mínimo do Direito Internacional Público.[47]

No Direito universal contratual dos povos encontra-se, no pacto internacional vigente na Alemanha, sobre os direitos civis e políticos, de 19.12.1966 (*Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte* – IPbürgR)[48] uma norma jurídico-judicial que prescreve um procedimento justo. O Art. 14 *Abs*. 1 *Satz* 2 do pacto garante o acesso aos tribunais.[49] Ali consta: "Todo cidadão tem o direito a que (...) suas pretensões e obrigações cíveis sejam tratadas por um tribunal competente, independente e baseado na lei, de modo justo".

45. *Bundesgerichtshof* (BGH), BGHZ, 37, 121; 67, 187.
46. Vide a respeito Heinrich Nagel, *Internationales Zivilprozessrecht,* Randzeichen 20, 5. ed., 2002.
47. Vide a respeito Verdross – Simma, *Universelles Völkerrecht,* 3. ed., 1984, p. 1226 ff.
48. BGBl. 1976 II, p. 1068.
49. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 do pacto diz: "Todo homem tem direito a que, em relação a uma acusação penal feita contra ele, ou a suas pretensões e obrigações cíveis, o processo seja tratado por um tribunal competente, independente, imparcial e baseado na lei de modo justo e público".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION359 359 4/10/2007 14:39:47

b. Direito internacional público regional europeu

Também ao nível regional do Direito Internacional Público existe uma norma obrigatória para a República Federal da Alemanha, que se encontra na Convenção (Européia) para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, de 4.11.1950 (*Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* – EMRK).[50] O Art. 6 *Absatz* 1 *Satz* 1 *und* 2 EMRK dizem:

> Direito de ser ouvido – Direitos do réu:
>
> (1) Todo cidadão tem direito a que sua causa seja ouvida de maneira justa publicamente e dentro do prazo adequado, e mais precisamente, por um tribunal independente e imparcial, baseado na lei, que deva decidir sobre pretensões e obrigações cíveis. A sentença deve ser divulgada publicamente (...).

6. O DIREITO À PROTEÇÃO JURÍDICA EFETIVA CONFORME O DIREITO ALEMÃO

a. A derivação jurídico-constitucional do princípio de legalidade

A necessidade de uma proteção jurídica eficaz, também designada como proteção jurídica efetiva, é reconhecida na Alemanha, mesmo que não esteja normatizada de modo explícito e abrangente.

A Constituição alemã (*Grundgesetz* – GG) da República Federal da Alemanha, de 23.5.1949, contém, no art. 19 IV, a garantia de acesso à via judicial para violações dos direitos fundamentais. O *Art*. 19 *Absatz* 4 *Satz* 1 GG diz: „Se alguém for lesado em seus direitos pelo poder público, a via judicial lhe será acessível". A regulamentação do Art. 19 IV GG garante, conforme seu teor, a via judicial apenas para o âmbito das violações de direitos fundamentais pelo poder público.

O „*Bundesverfassungsgericht"* (Tribunal Constitucional Federal – BVerfG) constatou, em sua jurisprudência, além disso, também para o âmbito do Processo Civil, a garantia de um direito à proteção jurídica. O *Bundesverfassungsgericht* derivou esse direito fundamental, também considerado como direito a uma proteção jurídica, que, além disso, deve ser sempre configurado efetivamente, em conexão ao *Art*. 2 *Absatz* 1 GG.[51]

---

50. BGBl. 1954 II, p. 14.
51. BVerfGE *(Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal), 88, p. 118 (123), 93, p. 99 (107).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION360 360 4/10/2007 14:39:47

O princípio de legalidade é entendido pelo *Bundesverfassungsgericht* como fundamento geral e idéia fundamental da Constituição alemã. Em sua jurisprudência, o *Bundesverfassungsgericht* designou o princípio de legalidade como "decisão fundamental" da Lei Fundamental,[52] como "diretriz", "princípio elementar" ou "fundamento",[53] como "princípio fundamental" [54] e também como "idéia fundamental".[55] O *Bundesverfassungsgericht* já constatou, em uma antiga sentença, que

> [...] o Direito constitucional não é formado somente por frases isoladas da Constituição escrita, mas também por certos fundamentos e idéias fundamentais gerais, que se conservam internamente, que o constituinte não concretizou em um preceito jurídico especial, porque caracterizaram o conjunto constitucional do qual ele partiu. Entre essas idéias fundamentais (...) está o princípio da legalidade; isso resulta de um resumo das disposições do *Art*. 20 *Abs*. 3 GG sobre as restrições dos poderes do Estado e dos *Art*. 1 *Abs*. 3, 19 *Abs*. 4, 28 *Abs*. 1 *Satz* 1 GG, como também da concepção geral da Lei Fundamental.[56]

As mais recentes decisões do *Bundesverfassungsgericht* amarram o princípio da legalidade desenvolvido em sua permanente jurisprudência sem outra fundamentação ao *Art*. 20 *Abs*. 3 GG[57]. O *Art*. 20 *Absatz* 3 GG diz: "A legislação está restrita à ordem constitucional; o poder executivo e a jurisprudência estão restritos à lei e ao Direito".[58]

b. Conteúdo geral do princípio da legalidade

O *Bundesverfassungsgericht* derivou, para o Processo Civil, o direito constitucional a uma proteção jurídica eficaz a partir do princípio da legalidade, em ligação com o *Art*. 2 *Absatz* 1 GG[59].

O *Art*. 2 *Absatz* 1 da Constituição alemã diz:

> Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não seja lesado o direito de outros e que não infrinja a ordem constitucional e a lei moral.

52. BVerfGE, 3, p. 225 (227); 6, p. 32 (36).
53. BVerfGE, 1, p. 14 (18); 2, p. 380 (403); 6, p. 55 (72); 20, p. 323 (331); 25, p. 269 (290).
54. BVerfGE, 22, p. 387 (426).
55. BVerfGE, 2, p. 380 (403); BVerfGE, EuGRZ, 1977, p. 283.
56. BVerfGE, 2, p. 380 (403).
57. BVerfGE, 93, p. 99 (107).
58. Diz o Art. 28 Absatz 1 Satz 1 GG: "A ordem constitucional nas unidades da federação deve corresponder aos fundamentos do Estado fundado nos princípios do Direito republicano, democrático e social, no sentido desta Lei Fundamental". Diz o Art. 1 Abs. 3 GG: "Os seguintes direitos fundamentais restringem a legislação, o poder executivo e a jurisprudência como direito diretamente vigente".
59. BVerfGE, 88, p. 118 (123), 93, p. 99 (107).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION361 361 4/10/2007 14:39:48

c. Conteúdo do direito à proteção jurídica efetiva

Se os tribunais alemães forem apelados, vigora a garantia de acesso à Justiça, que obriga os tribunais às decisões. A via judicial não deve ser excluída, nem dificultada de modo irracional por motivos não mais justificáveis. À imposição judicial de uma pretensão material não devem ser colocados altos obstáculos jurídico-constitucionais inadequados.[60] O cálculo das custas processuais não deve ser realizado de modo a tornar praticamente impossível ao cidadão apelar ao tribunal.[61] Através da garantia da via judicial não é aberto unicamente o acesso a um tribunal. Ao contrário, o objeto em litígio será, ao mesmo tempo, submetido a uma verificação jurídica abrangente e efetiva, em um período de tempo adequado, ao fim do qual haverá uma decisão definitiva.[62]

Os direitos fundamentais alemães de proteção jurídica extrapolam o conteúdo da garantia de acesso à Justiça formalmente compreendida, e abrangem, conforme a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, paralelamente ao direito a igual acesso ao tribunal, também o direito à correta realização do processo e o direito à proteção jurídica efetiva e no momento oportuno.

A jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* ao "direito fundamental da proteção jurídica eficaz",[63] alcançou grande abrangência e exige, entre outros, um processo orientado pela garantia de correção, com pleno direito de participação e direitos de fiscalização das partes[64]. Em princípio, são necessárias uma verificação jurídica abrangente e efetiva do objeto em litígio e uma decisão definitiva pelo juiz.[65] A garantia de proteção jurídica vale não apenas para o primeiro acesso ao tribunal, mas igualmente para as instâncias superiores.[66] A proteção jurídica deve ser concedida no momento oportuno.[67]

7. RESULTADO PARCIAL: DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO À PROTEÇÃO JURÍDICA EFETIVA

Resumindo o que foi anteriormente exposto, pode ser constatado que cabem igualmente a cidadãos e a estrangeiros a pretensão dirigida contra o Estado de

60. BVerfGE, 44, p. 302 (305).
61. BVerfGE, 54, p. 39 (41).
62. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III / 2, *Allgemeine Lehre der Grundrechte*, p. 1189, C. H. Beck, München 1994.
63. BVerfGE, 88, p. 118 (123).
64. BVerfGE, 91, p. 181.
65. BVerfGE, 54, p. 291; 85, p. 345.
66. BVerfGE, 69, p. 385.
67. BVerfGE, 54, p. 39 (41); 88, p. 118 (124); 93, p. 13.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION362 362 4/10/2007 14:39:48

proteção jurídica, a garantia de acesso à Justiça, bem como o direito a uma proteção jurídica eficaz, isto é, efetiva[68].

Esses direitos valem para todo o Direito alemão e com isso também de modo irrestrito para o Direito Processual Civil Internacional.

8. RELEVÂNCIA DO DIREITO A UMA PROTEÇÃO JURÍDICA EFETIVA PARA O DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL ALEMÃO

A proteção jurídica efetiva vale não apenas para o Direito Processual Civil Internacional. Cabe a ela, em razão de suas peculiaridades no âmbito jurídico, além disso, uma posição bastante especial na hierarquia de valores.[69] O direito à proteção jurídica efetiva é acompanhado, ao lado da harmonia decisória internacional como ideal do Direito Processual Civil Internacional, da máxima político-jurídica da facilitação das transações jurídicas.[70]

O direito à proteção jurídica efetiva é relevante para a maior parte dos âmbitos do Direito Processual Civil Internacional alemão:

Isso já se aplica à questão da competência decisória internacional. Se esta não existir, os tribunais alemães rejeitam uma ação como inadmissível.

Também o direito de notificação tem importância para a garantia de proteção jurídica efetiva. Como a notificação é um ato de soberania, que não pode ser executado por serviços públicos alemães no estrangeiro, é exigida, via de regra[71], a notificação no estrangeiro pelos serviços públicos estrangeiros através da assistência jurídica. A duração da notificação a um réu ou a um requerido no estrangeiro provoca consideráveis atrasos. Ela não deve ultrapassar um prazo adequado, sem que com isso seja tangido o direito a uma proteção jurídica efetiva.

A imunidade de um Estado no estrangeiro apenas não conflita com a pretensão a uma proteção jurídica efetiva quando esse Estado oferece, perante seus próprios tribunais, a possibilidade de uma proteção jurídica.

---

68. Todavia, isso sempre pressupõe a competência internacional dos tribunais alemães, pois nenhum Estado pode abrir sua jurisdição a litígios do mundo inteiro.
69. No Direito Processual Civil Internacional, a efetividade da proteção jurídica tem uma "posição especial na hierarquia de valores", pois, através dela, podem ser corrigidos efeitos negativos do princípio da territorialidade e do princípio da reciprocidade, no âmbito do Direito internacional público. Hartmut Linke, *Internationales Zivilprozessrecht,* 3. ed., Otto Schmidt, Köln, 2001, p. 14 f.
70. Op. cit.
71. Constitui uma exceção o § 183 Absatz Nr. 1 ZPO.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION363 363 4/10/2007 14:39:48

Com respeito ao requerimento de assistência jurídica em órgãos estrangeiros com a finalidade de coletar provas, vale o mesmo que para a notificação no estrangeiro. A duração do processo, geralmente considerável, deve ser acelerada pelo tribunal sempre que possível.

9. A PROTEÇÃO JURÍDICA EFETIVA E SUA TENSA RELAÇÃO COM OS PRESSUPOSTOS PARA O RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

Do ponto de vista das transações jurídicas internacionais, é de especial relevância para a pretensão de proteção jurídica efetiva o direito ao reconhecimento das sentenças estrangeiras. Pois uma proteção jurídica internacional efetiva depende em alto grau de um reconhecimento generoso das decisões judiciais e de outros títulos. Se uma sentença, que foi obtida no estrangeiro, for impedida por uma recusa de reconhecimento e de posterior execução, ou impedida por pressupostos demasiadamente elevados, ou por um processo complicado demais ou moroso, é tangida a pretensão a uma proteção jurídica efetiva.

a. Razão, princípios jurídicos e abrangência e processo de reconhecimento na Alemanha

Conforme o Direito Internacional Público, decisões judiciais têm efeito somente dentro das fronteiras do Estado cujo tribunal pronunciou a sentença como órgão do Estado. Sentenças estrangeiras podem produzir efeito em outro Estado apenas quando este reconhece a sentença.

Não somente os Estados isoladamente devem ter grande interesse em reconhecer amplamente as sentenças de outros Estados. Pois eles, via de regra, tiram proveito do fato de que, do reconhecimento da sentença, resulta uma facilitação das transações jurídicas e comerciais, e, além disso, é evitada uma verificação jurídica efetiva e completa de todas as questões processuais pelos tribunais do Estado que reconhece as sentenças.

São principalmente os cidadãos do Estado que podem, como partes nos litígios, evitar, com o reconhecimento das sentenças, uma dupla realização de um litígio em diferentes Estados e os ônus das custas e despesas ligados a ele. Basicamente, pode ser evitada com isso uma longa e inadequada duração do processo e pode ser garantida uma efetiva proteção jurídica.[72]

72. Nos casos em que uma sentença teria sido dada em condições duvidosas, resta ainda, também nos casos de reconhecimento da sentença, a possibilidade de recusar o reconhecimento dessas sentenças fazendo referência à *ordre publique*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION364 364 4/10/2007 14:39:48

Ao mesmo tempo, inexiste uma proteção geral do Direito internacional público ao reconhecimento de sentenças de Estados estrangeiros. Se e sob quais pressupostos um Estado executa tal reconhecimento de sentença, está sujeito à sua própria decisão. Com essa decisão, um Estado não intervém no poder de soberania de outros Estados.[73]

No entanto, para a Alemanha, resulta daí uma obrigação ao reconhecimento de contratos multilaterais ou bilaterais do Direito internacional público.

Entre os primeiros, está o Acordo da CEE (EWG) de Bruxelas, de 27.9.1969, sobre a competência judicial e a execução de decisões judiciais em assuntos civis e comerciais,[74] o GVÜ (*Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen*). Conforme o GVÜ, que foi substituído em todos os quinze antigos Estados da União Européia desde 1.3.2002, com exceção da Dinamarca, pela EuGVO, o reconhecimento de uma sentença pronunciada em um Estado contratante ocorre em todos os outros Estados contratantes, automaticamente, sem um processo especial, conforme os *Art*. 25 *ff*. GVÜ.

Com o Regulamento (CE) criado pela Comissão da Comunidade Européia recorrendo ao *Art*. 65 EGV *Nr*. 44 / 2001 de 22.12.2000, sobre a competência judicial e o reconhecimento e execução de decisões em assuntos civis e comerciais, EuGVO,[75] foi criado o Direito comunitário secundário, que agora é diretamente obrigatório para todos os Estados que aderirem à União Européia,[76] e que contém, para importantes áreas da competência internacional, a litispendência e também o reconhecimento de decisões estrangeiras, com pequenas divergências em relação às regulamentações do GVÜ. As soluções escolhidas pelo GVÜ e pela EuGVO, de reconhecimento automático, representam o mais alto grau do reconhecimento internacional de sentenças.[77]

Com respeito a decisões dissolutórias de casamentos, a União Européia criou igualmente um instrumento que obriga ao reconhecimento. O regulamento (CE)

73. BGHZ 112, 127 (133).
74. O conceito de "assuntos civis e comerciais" deve ser aplicado no sentido amplo, conforme o Art. 1 Absatz 1 GVÜ. São excluídos, no entanto, conforme o Art. 1 Absatz 2 Nr. 1 GVÜ, o Direito de Família e o Direito sucessório, contudo, não o direito à pensão alimentícia, conforme o Art. 5 Nr. 5 GVÜ. Desde 1.3.2001, vale para dissoluções de casamentos, a EheGV, EU-ABl. 2003, L 338.
75. EG-ABl. 2001 L 12, p. 1.
76. Regulamentos da CE têm validade geral. Eles são obrigatórios em todas as suas partes e valem diretamente em todos os Estados-membros da União Européia, Art. 249 S. 2 EGV (antigo 189 S. 2 EGV).
77. Na relação dos Estados da União Européia com terceiros Estados, foi criado, entre os doze Estados da UE de 1988, como também com a Finlândia, Islândia, Noruega, Áustria, Suécia e Suíça, pelo Acordo de Lugano, de 16.9.1988, sobre a competência judicial e a execução de decisões judiciais em assuntos civis e comerciais, um "contrato paralelo" ao GVO/EuGVO, que corresponde parcialmente a estes; vide anteriormente a nota de rodapé 31.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION365 365 4/10/2007 14:39:48

Nº. 2201/2003, de 27.11.2003, sobre a competência e o reconhecimento e a execução em litígios matrimoniais e em processos referentes à responsabilidade paterna (EheGVO)[78] estatui uma obrigação de reconhecimento dos Estados-membros, que, no entanto, é restrita a decisões dissolutórias de casamentos, *Art*. 1 *Abs*. 1, *lit*. a da EheGVO.

Deve ser mencionado, além disso, o regulamento (CE) Nr. 805/2004, de 21.4.2004, para a introdução de um título executório europeu para pretensões incontroversas[79] (EuVTVO). Nele, é prevista, pela primeira vez, a execução de título estrangeiro sem outros pressupostos. Pretensões incontroversas, isto é, sentenças de reconhecimento, acordos processuais, documentos públicos e sentenças em revelia são, quando confirmadas pelo Estado de origem como título executório europeu, executadas sem outros pressupostos, conforme o *Art*. 5 EuVTVO, como um título do próprio Estado. Também uma verificação da *ordre publique* é inadmissível.

Além disso, têm importância ainda outras convenções multilaterais, não aplicáveis ao contexto da União Européia – e por isso não tão amplos – como o Acordo de Haia de 2.10.1973, sobre o reconhecimento e a execução de decisões sobre a pensão alimentícia (UVÜ – *Übereinkommen über die Annerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen*)[80] e o Acordo Europeu de 20.5.1980, sobre o reconhecimento e a execução de decisões sobre o direito à guarda de crianças e o restabelecimento da relação de guarda.[81] Além disso, existem para a Alemanha os contratos bilaterais vigentes do Direito internacional público, sobre o reconhecimento e a execução, que, todavia foram amplamente substituídos pelo GVÜ e pelo LugÜ.[82]

Uma sentença em sua totalidade nunca é objeto de reconhecimento. Ao contrário, unicamente efeitos isolados da sentença são capazes de reconhecimento. Fazem parte destes – em controvérsias dos detalhes isoladamente – a força legal (§ 322 ZPO), que termina o litígio, a exeqüibilidade de uma sentença prestacional (§ 704 ZPO), o efeito constitutivo em sentenças constitutivas de direito[83], como também o efeito da intervenção (§§ 68, 74 ZPO).

78. EU-ABl. 2003 L 338.
79. EU-ABl. 2004 L 143, p. 15.
80. Conforme seu art. 29, este acordo substituiu o anterior, de 15.4.1958, BGBl. 1986 II, p. 826, 1987 II, p.220.
81. BGBl. 1990 II, 206, 220, BGBl. 1991 II, p. 392.
82. Conforme os Art. 55 e 56 Absatz 1 do GVÜ, ou respectivamente, do LugÜ (Acordo de Lugano), esses acordos precedem os acordos bilaterais, desde que ambos os Estados também ali sejam Estados contratantes. Ao lado da Bélgica, Itália, Suíça, Áustria, Reino Unido, Grécia, Holanda, Tunísia, Noruega e Israel, também para a Espanha está em vigor um acordo semelhante de reconhecimento e execução com a Alemanha.
83. Dissolução do casamento §§ 1313 Satz 2, 1564 Satz 2 BGB (Código Civil), Dissolução de sociedade, § 133 *Handelsgesetzbuch* (HGB – Código Comercial).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION366 366 4/10/2007 14:39:49

O reconhecimento de decisões estrangeiras na Alemanha tem como efeito, de acordo com a jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, o fato de que a sentença estrangeira causa os mesmos efeitos que uma sentença alemã correspondente.[84]

Na Alemanha, as regras gerais do Direito do reconhecimento de decisões estrangeiras estão regulamentadas nos §§ 328 bem como 722 e 723 do Código Civil (*Zivilprozessordnung* – ZPO). Para a realização do EuGVO, do GVÜ, do LugÜ, do UVÜ de Haia de 1973, bem como dos acordos bilaterais com a Noruega, Israel e Espanha, foi promulgada na Alemanha a lei para a realização de contratos entre Estados de reconhecimento e execução em assuntos civis e comerciais (AVAG).[85] A lei para a realização e execução de determinados instrumentos jurídicos no âmbito do Direito de Família internacional de 26.1.2005 (IntFamRVG) vale, conforme seu § 1, para a realização e execução do EheGVO, para o Acordo de Haia, sobre o seqüestro de crianças, de 25.10.1980, bem como para o Acordo europeu sobre o direito de guarda.

O reconhecimento de sentenças subordinadas ao GVÜ, ao LugÜ ou ao EuGVO ocorre de acordo com o Direito alemão, automaticamente, sem um processo especial. O reconhecimento de uma sentença estrangeira é incidente como questão preliminar, verificada pelos órgãos públicos decisivos; ações autônomas são, no entanto, possíveis.[86] Unicamente em decisões estrangeiras sobre litígios matrimoniais é previsto, devido ao seu significado, conforme o *Art*. 7 § 1 *Familienrechtsänderungsgesetz* (FamRÄndG), um processo formal para o reconhecimento pelas administrações judiciárias dos Estados. Todavia, este não é realizado no âmbito de aplicação do EheGVO, que vale para todos os Estados-membros da União Européia, com exceção da Dinamarca. Em sentenças dissolutórias de casamentos pronunciadas nos Estados-membros, mas não nas sentenças sobre as causas consecutivas do divórcio, renuncia-se basicamente ao processo de reconhecimento, *Art*. 21 *Absatz* 1 EheGVO.

b. Pressupostos da homologação de sentença estrangeira

Para a capacidade de homologação de sentença estrangeira, é necessário que se trate de uma decisão de um tribunal estatal[87] estrangeiro[88] que termine o

84. BGH, NJW, 1983, p. 514 (515); BGH, NJW, 1983, p. 1976 (1977). É controverso na literatura, e na jurisprudência alemã ainda não foi explicitamente decidido, o tratamento dos casos em que os efeitos jurídicos estrangeiros e nacionais da sentença têm alcances diferentes. Nesses casos, a extensão do efeito se refere predominantemente ao alcance de uma sentença interna alemã.
85. BGBl. I, 1988, S. 662, 2001, p. 288.
86. RGZ, 167, 373 (380); Art. 33 Abs. 2 EuGVO; Art. 26 Abs. 2 GVÜ; Art. 26 Abs. 2 LugÜ; § 25 AVAG.
87. Aqui não estão incluídos tribunais de associações e de arbitragem.
88. Sob o conceito de um tribunal podem também ser incluídos órgãos administrativos estrangeiros, desde que estes cumpram a tarefa da jurisprudência, vide a respeito Art. Va do protocolo da GVÜ.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION367 367 4/10/2007 14:39:49

litígio.[89] O litígio deve ter sido decidido na forma de processo formal judicial, e deve ter sido concedido às partes o direito de serem ouvidas.[90]

São passíveis de homologação de sentença estrangeira apenas as decisões em assuntos civis e comerciais. Para a EuGVO, esse conceito é interpretado pelo *Europäischer Gerichtshof*. Nos outros casos, o Estado onde a homologação de sentença estrangeira acontece decide sobre a qualificação como matéria cível. No Direito europeu de homologação de sentença estrangeira, como exposto, é prevista, no *Art*. 33 EuGVO a obrigação de homologação de sentença que foi pronunciada em razão do Direito nacional de competência de um Estado membro. O *Art*. 35 EuGVO e o *Art*. 24 EheGVO proíbem qualquer revisão da competência do Estado da sentença. Exceções valem apenas para as competências dos *Art*. 8 – 17, 22, e 72 EuGVO.

A questão da competência de homologação de sentença estrangeira (*Annerkennungszuständigkeit*)[91] é de considerável importância dentro do quadro da homologação de sentença estrangeira. Na verdade, um Estado pode definir o alcance de sua própria competência decisória. No Direito Processual Civil Internacional de outros Estados, ocorre uma homologação de sentença estrangeira somente quando o Estado que homologa reconhece a competência decisória do Estado da sentença, em razão de uma relação suficiente do Estado da sentença com o Estado fundado nos princípios do Direito, conforme suas regras nacionais do Direito Processual Civil Internacional. Esta homologação ocorre em razão de uma revisão plenamente abrangente da competência pelo Estado que homologa.[92] Fora da Europa, as regras sobre a competência de reconhecimento quase não estão, até agora, internacionalmente unificadas. A configuração da competência de homologação é um elemento significativo de uma ordem de competência internacional justa.[93]

Os princípios que obtêm êxito na aplicação, com respeito à competência de reconhecimento, variam fortemente de Estado para Estado. Por um lado, é difundido o princípio de suposição da competência de reconhecimento em uma

89. É decisivo que as sentenças tenham entrado em vigor de acordo com o Direito a elas competente, BGHZ 141, p. 286 (294).
90. Assim já procedia o *Reichsgericht*, RGZ 16, S. 427 (428). Medidas assistenciais da jurisdição voluntária (*Freiwillige Gerichtsbarkeit*) subordinam-se ao § 16 a FGG; o § 328 ZPO não se aplica a ela.
91. Também designada como competência para julgar (*Beurteilungszuständigkeit*) ou competência indireta (*indirekte Zuständigkeit*).
92. A competência de verificação abrange as constatações efetivas, em razão das quais o Estado da sentença se declarou competente em relação a elas, BGHZ, 124, 237 (242, 243). É restrita, no entanto, devido à maior confiança, a verificação conforme o Art. 35 Absatz 2 EuGVO, Art. 9 UVÜ 1973 e, por exemplo, o Art. 5 Absatz 1 do Acordo belga-alemão; vide a respeito BGHZ, 60, 344.
93. Vide a respeito BGHZ, 141, 281 (292).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION368 368 4/10/2007 14:39:49

"relação suficiente do Estado da sentença". Uma outra via de solução freqüentemente aplicada, inclusive em numerosos contratos bilaterais, é a enumeração conclusiva das competências isoladas de homologação,[94] ou também a elaboração de simples "listas negativas", nas quais apenas determinadas competências foram excluídas da competência de homologação, concedida, em princípio, de modo abrangente.[95]

Na Alemanha, com respeito à competência de homologação de sentença estrangeira, valem primeiramente as regulamentações dos acordos do Direito internacional público. Assim, vale na Alemanha, como também na Áustria, subsidiariamente o princípio do reflexo ("*Spiegelbildprinzip*"), também encontrado com freqüência internacionalmente. De acordo com ele, uma sentença estrangeira é reconhecida pelo juiz alemão da homologação, se o tribunal estrangeiro, na suposta aplicação dos princípios alemães de competência da *Zivilprozessordnung*, for[96] internacionalmente competente[97]. Este não é, por exemplo, o caso quando, conforme o Direito de competência alemão, existe uma competência exclusiva da Alemanha como Estado de reconhecimento.

No § 328 da *Zivilprozessordnung*, são enumeradas outras razões para a exclusão do reconhecimento de sentenças estrangeiras. Essas razões para a exclusão devem ser consideradas, além disso, também na promulgação de uma sentença homologatória de sentença estrangeira, ou seja, de uma sentença que possibilite a execução forçada de uma sentença estrangeira na Alemanha, conforme os §§ 722, 723 ZPO.

Contudo, a aplicação dos princípios de competência alemães é complementada pelo *Bundesgerichtshof*, dentro do quadro da verificação do reconhecimento da competência do Direito jurisprudencial. Isso fica claro em um caso teuto-brasileiro decidido recentemente pelo *Bundesgerichtshof*.[98]

Autoras de uma ação judicial, brasileiras, obtiveram no Brasil um título de pagamento no valor de alguns milhões contra um réu alemão. Este havia instaurado no processo brasileiro, entre outras medidas, uma reconvenção, e nela objetado, sem sucesso, que não havia sido concluído um contrato de compra e venda entre as partes, mas apenas um contrato de comissão. No processo brasileiro, o réu não havia levantado uma objeção de competência, que havia sido apoiada

94. Assim, por exemplo, no Art. 2 do Contrato correspondente suíço-alemão.
95. Por exemplo, no Art. 2 do Contrato grego-alemão e no Art. 3 do Contrato austríaco-alemão.
96. Vide a respeito § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.
97. A competência local ou objetiva fica desconsiderada no julgamento da competência internacional, conforme o Direito alemão, de acordo com a jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, BGHZ, 141, 286 (289).
98. *Bundesgerichtshof*, BGHZ 120, 334.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION369 369 4/10/2007 14:39:49

pelo tribunal brasileiro no art. 88 parágrafo 3 CPC[99] (Competência internacional baseada no local do contrato). Ao contrário, ele havia participado ativamente do processo judicial brasileiro. As autoras da ação judicial queriam que esta fosse executada na Alemanha. Para isso, era necessária a promulgação de uma sentença homologatória de sentença estrangeira por um tribunal alemão, segundo os §§ 722, 723 ZPO. Dentro do quadro do processo para o esclarecimento da execução, o réu objetou a falta de competência de reconhecimento, conforme o § 723 *Absatz* 2 *Satz* 2, § 328 *Absatz* 1 *Nr*. 1 ZPO. Não existe, entre o Brasil e a Alemanha, um acordo de reconhecimento correspondente. Por conseguinte, valem as regulamentações gerais nacionais do Direito Processual Civil Internacional alemão. No entanto, o Direito alemão, diferentemente do Direito brasileiro, não reconhece a competência de reconhecimento no local do contrato. Mas é reconhecida a competência de reconhecimento em conseqüência de negociação sem objeções, conforme o § 39 ZPO. Em razão da participação ativa do réu no processo brasileiro, ambas as pré-instâncias tiveram uma contestação sem objeções, conforme o § 38 ZPO, e por isso afirmaram a competência de reconhecimento. O *Bundesgerichtshof* anulou a sentença. Não foi exigido ao réu propor uma objeção de competência sem perspectivas, conforme o Direito brasileiro. Por isso, as autoras da ação judicial não puderam confiar no fato de que também mais tarde, dentro do quadro do processo alemão para a declaração de execução da sentença brasileira, não se recorreria à falta de competência de reconhecimento.[100]

Para a competência de homologação de sentença estrangeira é, além disso, necessário que tenha sido concedido o direito de ser ouvido em tribunais. O direito de ser ouvido em tribunais representa, por isso, não apenas uma exigência européia do *Art*. 27 *Nr*. 2 GVÜ, como também de todos os acordos bilaterais entre Estados, e ao mesmo tempo também do *Art*. 103 *Abs*. 1 GG bem como do § 328 *Absatz* 1 *Nr*. 2 da ZPO alemã.

Além disso, a competência de homologação fica excluída através da existência de sentenças mutuamente incompatíveis. Conforme a jurisprudência do *Europäischer Gerichtshof*, sentenças são mutuamente incompatíveis quando as conseqüências jurídicas se excluem reciprocamente[101]. Com isso, o reconhecimento fica excluído quando existe uma sentença interna, com efeito de coisa julgada, do Estado do reconhecimento. Este princípio encontra-se no § 328 *Absatz* 1 *Nr*. 3, 1. *Fall* ZPO, *Art*. 34 *Nr*. 3 EuGVO, *Art*. 22 *lit*. c, 23 *lit*. e EheGVO, bem como no *Art*. 5 *Nr*. 4 UVÜ 1973. Em caso de conflito de duas sentenças

99. Código Processual Civil brasileiro.
100. BGHZ, 120, 334 (342, 343). Vide comparações também em: OLG Hamm, RIW, 1987, 47 (469,470).
101. EuGHE, 1988, 645.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION370 370 4/10/2007 14:39:49

estrangeiras, o reconhecimento fica excluído, se a sentença for incompatível com uma sentença estrangeira anterior a ser reconhecida, § 328 *Absatz* 1 *Nr*. 3, 2. *Fall* ZPO, *Art*. 34 *Nr*. 3 EuGVO, *Art*. 33 *lit*. C, *Art*. 23 *lit*. e, EheGVO, *Art*. 5 *Nr*. 4 UVÜ 1973. A antiga litispendência alemã representa outra razão de exclusão para a homologação de sentenças estrangeiras, § 328 *Absatz* 1 *Nr*. 3, 3. *Fall*.

Ao lado da homologação de sentença estrangeira, contrapõe-se também a incompatibilidade com fundamentos essenciais do Direito alemão, como a chamada *ordre publique*, ou os princípios fundamentais do Direito da Comunidade Européia, § 328 *Absatz* 1 *Nr*. 4 ZPO, *Artikel* 34 *Nr*. 1 EuGVO, *Artikel* 27 *Nr*. 1 GVÜ, *Artikel* 27 *Nr*. 1 LugÜ. Como o objetivo da homologação basicamente se contrapõe a qualquer revisão da sentença do ponto de vista jurídico ou efetivo, considera-se uma aplicação da *ordre publique* com restrições, no Direito do reconhecimento europeu, apenas em casos raros de exceção.[102]

Finalmente, a falta de garantia de reciprocidade também impede uma homologação de sentenças estrangeiras na Alemanha. Conforme o *Art*. 328 *Absatz* 1 *Nr*. 5 ZPO, sentenças estrangeiras somente são homologadas na Alemanha se também o Estado da sentença homologar sentenças alemãs. Uma restrição deste fundamento estrito é prevista unicamente em alguns âmbitos, nos quais uma nova propositura de ação na Alemanha é considerada inexigível, principalmente no Direito de Família, § 328 *Absatz* 2, *Art*. 7 § 1 *Absatz* 1 *Satz* 2 FamRÄndG, § 16 a FGG.[103]

Essa exigência, introduzida com o objetivo de obter igual tratamento da sentença por outros Estados da sentença, é fortemente criticada na literatura. Critica-se que a exigência de reciprocidade, apresentada pelo Direito Processual Civil Internacional alemão, não produz igual tratamento, mas sim, aplica-se, por exemplo, também a autores de ações judiciais internas que obtiveram no estrangeiro um título de pagamento contra réus estrangeiros. Além disso, a exigência de reciprocidade, com respeito aos poucos grandes Estados, freqüentemente quase não pode ser apurada de modo confiável em um processo de homologação.[104]

---

102. EuGHE, 2000, 1956. São exemplos, por exemplo, a fraude processual, a não-participação do réu no processo, apesar de residência conhecida ou sentenças (dos EUA), cujas decisões extrapolem uma compensação dos danos e tenham caráter meramente de punição; vide a respeito BGHZ 118, 312 (334).
103. A reciprocidade com o Brasil é garantida para a República Federal da Alemanha, vide Rolf A. Schütze, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts,* S. 192, 2. ed., de Gruyter, Berlin 2005; Dieter Martiny (org.), *Annerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht,* Hamburg), p. 594, Mohr, Tübingen, 1984.
104. Vide a respeito Puttfarken, Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile deutscher Kläger – verfassungswidrige Gegenseitigkeit. *In:* RIW 1976, p. 149 – 151.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION371 371 4/10/2007 14:39:50

Essa norma exclui totalmente uma proteção jurídica na Alemanha em numerosos casos e, portanto quase não pode ser harmonizada com a exigência de uma proteção jurídica efetiva.

O *Bundesgerichtshof* afrouxou as exigências de reciprocidade em reação à crítica e permite que seja suficiente uma interpretação restritiva do texto da lei apenas em garantia parcial de reciprocidade.[105]

10. AVALIAÇÃO GERAL DA SITUAÇÃO ATUAL DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

Como resultado da exposição precedente, podem ser realizadas várias constatações. Nas décadas passadas, as transações jurídicas e comerciais desenvolveram-se muito rapidamente. Com isso, houve um crescimento da importância do Direito Processual Civil Internacional, que pode ser constatado, entre outros, no forte aumento de Convenções do Direito internacional público e de normas jurídicas do Direito europeu nesse ramo. De acordo com o Direito vigente na Alemanha, tanto os cidadãos quanto os estrangeiros têm igual direito a uma proteção jurídica eficaz. A proteção jurídica efetiva aplica-se também ao Direito Processual Civil Internacional alemão, onde ele tem um valor especial na hierarquia de valores. Ele tem grande relevância para a maior parte dos âmbitos do Direito Processual Civil Internacional alemão. Isso se aplica especialmente ao Direito de homologação de sentenças estrangeiras. Pois uma efetiva proteção jurídica internacional depende, em alto grau, de uma homologação generosa das decisões judiciais e de outros títulos. Ao nível da União Européia e também em relação aos outros Estados europeus, a Alemanha concede hoje o maior grau imaginável de homologação de sentenças estrangeiras. Isso não se aplica, no entanto, em relação à maioria dos outros Estados, entre eles também o Brasil. Para as sentenças da maioria dos Estados, o Direito Processual Civil Internacional alemão ainda apresenta exigências consideráveis com respeito à competência de reconhecimento. Isto, com poucas exceções, como no Direito de Família, pode ser harmonizado com muita dificuldade com o direito a uma efetiva proteção jurídica em relação à exigência apresentada de garantia de reciprocidade na homologação de sentenças estrangeiras na Alemanha.

Com isso, pode ser constatado, que o Direito Processual Civil Internacional alemão, a nível europeu, alcançou uma facilitação das transações internacionais jurídicas e comerciais para o âmbito investigado, que, no entanto, pode ser

105. BGHZ, 42, 194 (197); 141, 286 (299).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION372 372 4/10/2007 14:39:50

considerado representativo. Em em relação à Estados de outras regiões, as facilitações continuam atrasadas em relação ao nível obtido pela União Européia. No entanto, continuam a existir obstáculos tradicionais para uma proteção jurídica efetiva em geral. Futuramente, deve-se contar com outras facilitações. Mas estas continuarão a se concentrar provavelmente ao nível europeu.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION373 373 4/10/2007 14:39:50

CAPÍTULO XVI

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Humberto Theodoro Júnior*

Sumário: 1. Introdução – 2. Direito, norma, interpretação e aplicação – 3. Direito como "ordem da sociedade" e como "prudência" – 4. A importância da interpretação na aplicação concreta do Direito – 5. O empirismo do conhecimento e sua predominância na técnica de concretização das normas do direito – 6. A importância da interpretação teleológica – 7. O papel da filosofia – 8. Conclusões jurídicas.

1. INTRODUÇÃO

Registra-se na literatura jurídica nacional, especialmente nas obras oriundas da pesquisa universitária, uma certa hipertrofia do enfoque filosófico. Os problemas tipicamente jurídicos são enfrentados não a partir da técnica e dos princípios específicos do Direito, ou seja, do ramo da ciência que se convencionou denominar de Direito, mas sob o predomínio do prisma e do impacto das preocupações generalizantes da visão e do tratamento próprios da filosofia[1].

Esquece-se de que a existência e desenvolvimento de cada ramo autônomo da ciência somente se tornam viáveis quando se estabelecem objetos e métodos próprios, aos quais o cientista tem de manter-se fiel e coerente.

Trabalhos primorosos dentro da perspectiva filosófica se multiplicam na vida universitária, e dali se irradiam para o comércio editorial como doutrina jurídica, sem a mínima preocupação com os resultados efetivos ou concretos que possam gerar no verdadeiro terreno da ciência do Direito. Contentam-se tais doutrinadores com o labor especulativo abstrato muito próprio dos filósofos, mas muito pouco ou nada produtivo na seara específica dos verdadeiros juristas.

(*) Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG; Desembargador aposentado do TJMG; membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Internacional Association of Procedural Law. Advogado.

1. Filosofia, no âmbito das relações com o conhecimento científico, corresponde ao "conjunto de princípios teóricos que fundamentam, avaliam e sintetizam a miríade de ciências particulares, tendo contribuído de forma direta e indispensável para o surgimento e/ou desenvolvimento de muitos desses ramos do saber" *(Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001, p. 1.344).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION375 375 4/10/2007 14:39:50

Recentemente, participei de uma banca de doutoramento em que o candidato se apresentava com perfeito domínio do terreno filosófico, que apelidava de "pós-modernidade do Estado Democrático de Direito". Como, nas concepções definidas nesse novo mundo do saber não teria mais cabimento afirmar a supremacia do interesse público sobre o privado, a conclusão da tese era de que a clássica e unânime explicação do recurso extraordinário como instrumento excepcional de tutela específica da Constituição e da uniformidade de sua interpretação – temas justificados como representativos da predominância do interesse público – deveria ser abandonada, em favor de uma visão que o igualasse com todos os demais recursos, isto é, com os ordinários, dos quais se distinguiria apenas quanto aos requisitos de admissibilidade.

Indaguei quais seriam os resultados práticos que a nova concepção acarretaria para a aplicação do recurso extraordinário no mundo da jurisprudência e do manejo do processo judicial. As respostas não sairam das meras explicações generalizantes da filosofia, de maneira que permaneci convencido de que, para utilizar o instrumento constitucional indigitado, continuariam partes e tribunais jungidos aos mesmos requisitos atualmente impostos pelo ordenamento jurídico positivo, e os resultados jurisdicionais continuariam sendo exatamente aqueles com que hoje convivem litigantes e juízes. Ou seja, a nova teoria não ia além da filosofia e não contribuía em nada para que as normas jurídicas existentes produzissem resultados processuais diversos dos que a doutrina clássica já detectara.

Outro fato emblemático ocorreu recentemente numa importante universidade, em que o diretor da faculdade de direito reuniu os professores para comentar os níveis insatisfatórios de aprovação dos alunos recém formados nos exames da Ordem dos Advogados. Indagou aos professores da área de processo se não seria o caso de adotar-se maior rigor nas avaliações durante o curso de graduação. Foi então que um dos participantes ponderou que talvez não fosse o caso de maior ou menor rigor avaliatório, mas, sim, o de diminuir o volume do ensino filosófico, que vinha predominando no departamento de processo, para dispensar maior atenção ao ensino jurídico propriamente dito. É que só filosofia não prepara o profissional para a técnica de compreender e aplicar o direito positivo. A verdade é que a orientação predominante na faculdade estava conduzindo à formação de bons conhecedores das teorias filosóficas sobre o direito, mas com insuficiente informação sobre o direito positivo e as técnicas especificamente jurídicas que comandam as operações de sua aplicação na resolução dos conflitos.

Ocorreu-me, então, rever algumas idéias sobre o estudo do Direito, sua verdadeira dimensão e sua real função numa sociedade moderna e democrática.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION376 376 4/10/2007 14:39:51

2. DIREITO, NORMA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Direito é norma; norma é linguagem; linguagem é símbolo; símbolos não são precisos e unívocos; exigem interpretação antes de serem traduzidos e aplicados aos fatos concretos sobre os quais a norma tem de ser aplicada.

Como descobrir a técnica de interpretar as normas que formam o Direito? Onde localizá-la? Na filosofia? Não. Somente a ciência do próprio Direito pode revelar seu método. As abstrações filosóficas podem iluminar o caminho criado e percorrido pelo Direito. Não substituem, entretanto, a técnica jurídica investigatória e operacional que somente o próprio Direito cria e desenvolve.

A filosofia pode tentar compreender e explicar o discurso jurídico; não pode criá-lo ou impô-lo; só o próprio Direito cria suas normas e define os critérios de sua compreensão e aplicação. Daí a necessidade de o jurista, antes da filosofia, conhecer o Direito, seu conteúdo e seu método de criação e revelação. A filosofia pode auxiliá-lo, e realmente o faz no plano racional da cognoscibilidade, mas não supera a técnica traçada pela ciência do Direito para tratar de seu objeto. Eis aí o ponto de partida para o estudo de qualquer problema que o jurista tem de enfrentar e solucionar no campo de sua ciência.

3. DIREITO COMO "ORDEM DA SOCIEDADE" E COMO "PRUDÊNCIA"

O Direito, entre os vários sistemas de regras a que o homem tem de se submeter para viabilizar a vida comunitária, é "uma ordem da sociedade". Mas, não é a única, porque a seu lado várias outras ordens atuam na sociedade, como a moral, os costumes, a religião, a etiqueta, etc. O Direito é, então, um fenômeno social, e, como tal, torna-se objeto de uma ciência humana, a que também se dá o nome de direito, de modo que com a mesma expressão se identificam a ciência e o seu objeto.

Mas o Direito não existe apenas como teoria abstrata de conceitos e categorias. Ele tem um destino eminentemente prático, que é o de tornar viável a vida em sociedade, o que se dá mediante aplicação de suas regras genéricas à solução concreta dos conflitos intersubjetivos ocorrentes no convício comunitário.

Nesse aspecto eminentemente operacional, o Direito, desde a concepção clássica de Atistóteles, já não é mais visto como uma *ciência*, pelo menos como ciência de conhecimento exato do ser, ou do que existe, mas como *prudência*. Por esse ângulo, o "Direito é também *arte* ou *virtude* de chegar à solução *justa*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION377 377 4/10/2007 14:39:51

no caso concreto"[2]. E nunca é pouco ressaltar que, de fato, o destino do Direito se volta, em última análise, para a solução de casos concretos, como adverte José de Oliveira Ascensão[3]. Explica o grande jurista:

> O Direito não é uma ordem estática e acabada. É antes dinâmica, porque necessariamente se manifesta na ação. E também a ação jurídica, como toda ação, deve ser comandada pela *prudência* – a *prudência* romana ou a *phronesis* dos gregos.
>
> A prudência não é segurança, está mais próxima da sabedoria. O seu sentido esteve obnubilado no Direito que se quis 'positivo', dos dois últimos séculos. Mas a noção é constitutiva da própria palavra *jurisprudência*. O pensamento prudencial foi um modo de pensamento autônomo, desenvolvido pelos jurisconsultos romanos, e que está na base do que é ainda hoje o maior período da história jurídica da humanidade. E o espírito da prudência foi prosseguido pelos juristas medievos.
>
> Se a noção da ordem nos ocupará longamente, por ela nos aparecer como prévia, não esqueceremos nunca que ela integra necessariamente a prudência e esta só traz a chave da solução justa. Nenhum Direito vivo pode deixar de ter como ponto de referência culminante a solução do caso.
>
> O Direito aparece-nos assim à partida como uma dialética da *ordem* e da *prudência*.
>
> Ou então, procurando já uma síntese, diremos que o Direito tem por fim a solução prudente dentro da ordem. O que se tornará compreensível ao chegarmos ao momento decisivo da solução do caso[4].

Segurança e justiça dividem a supremacia entre os desígnios da ordem jurídica, sem que uma chegue a sobrepujar completamente a outra. Tanto uma como outra somente podem ser pensadas com um alcance limitado e relativo, o que leva Recasens Siches a fazer algumas constatações e advertências relevantes como:

> **1º.** Aunque los hombres elaboran Derecho positivo movidos por el deseo de obtener alguna certeza y seguridad en determinadas relaciones sociales, lo que les importa no es cualquier certeza y seguridad, sino precisamente certeza y seguridad en lo que entienden como pautas de *justicia*, *libertad* y *bienestar social* (grifamos).
>
> **2º.** Aunque el deseo de seguridad es uno de los afanes fundamentales de la vida humana, no es el único de éstos, sino que coexiste con otros deseos de tipos contrarios, tales como el anhelo de cambio, la aspiración de mejora y progreso... Así pues, el Derecho, por una parte, *pretende ser estable*, pero, por otra parte, *no puede*

2. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. 1, p. 4.
3. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução* cit., n. 1, p. 4.
4. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução* cit., n. 1, p. 4-5.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION378 378 4/10/2007 14:39:51

> *permanecer invariable*, sino que, por el contrario, deve ir cambiando al compás de las nuevas circunstancias y necesidades sociales" (grifos do autor)[5].

Mais uma vez a visão prudencial alerta para o fato de que, além de suas dimensões funcionais intrínsecas como ordenamento social necessário, o Direito tem como essência a *resolução dos conflitos de interesses* por meio de normas e decisões de impositividade inexorável[6]. E no momento de solução concreta do conflito (isto é, da crise em que o ordenamento jurídico se vê envolvido), há uma operação complexa de individuação da norma geral, em que o operador jurisdicional não vai simplesmente aplicar uma regra completa e acabada do legislador, mas terá de maneira prática de adaptá-la ao caso concreto, com todas as implicações que suas circunstâncias sociais, éticas, políticas e econômicas determinam. A solução do caso concreto nunca será encontrada somente pela pura interpretação do texto normativo. Exigirá, ao contrário, a manipulação de dados e valores externos à norma, mas que não podem ser desprezados na operação de concretização da vontade da lei diante do conflito[7].

4. A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO NA APLICAÇÃO CONCRETA DO DIREITO

Sem interpretação – adverte Recasens Siches – "não há possibilidade alguma nem de observância nem de funcionamento de nenhuma ordem jurídica"[8]. O que o legislador consegue, ao implantar o ordenamento jurídico, não vai além de normas gerais e abstratas. Na vida em sociedade, onde as leis devem ser cumpridas e impostas, as realidades sociais são sempre particulares e concretas. Por isso, para cumprir ou impor uma lei é inevitável a operação de converter a regra geral em norma individualizada, transformando os termos abstratos e genéricos em preceitos concretos e singulares. "E isto é precisamente o que se chama interpretação do Direito", para Recasens Siches[9].

Uma vez que a decisão do conflito, por meio da definição da vontade concreta da lei terá de incluir na resolução judicial ingredientes novos, que não foram

5. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estúdio del derecho.* 2 ed. Argentina: Editorial Porrúa, 1972, p. 114.
6. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción* cit., p. 115.
7. "En la resolución de los conflitos de intereses operan muchos y muy variados hechos sociales. Y también el modo de cumplimiento concreto de estas tareas está influido por uma serie de diversos factores sociales. Así, los conflictos concretos de intereses y las soluciones que se den a éstos, dependen de cuales sean las situaciones sociales en que tales antagonismos surgen" (RECASENS SICHES, Luis. *Introducción cit.*, p. 116).
8. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción* cit., p. 211.
9. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción* cit., p. 211

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION379 379 4/10/2007 14:39:51

presentes na norma geral e abstrata, "a função judicial *tem necessariamente dimensões criadoras*, na medida em que agrega esses novos ingredientes"[10].

É aí que entre em jogo o principal instrumento de compreensão e definição do direito *in concreto*: a *lógica do razoável*, que outra coisa não é senão a *eqüidade*, em sentido lato, ou seja, a definição do conflito, segundo uma interpretação da lei que, para o caso concreto, represente a mais justa solução, diante da norma legal e de todas as forças sociais que atuam no momento da definição e na conjuntura total em que a crise jurídica se instalou.

Não se quer dizer que o juiz possa ignorar ou desprezar a lei para fazer eqüidade na solução do litígio. Mas ele não está jungido a simplesmente reproduzir a vontade abstrata da lei para dar solução à crise jurídica. Terá de se valer, não da lógica formal clássica do raciocínio físico-matemático, mas do *logos de lo razonable*, que é um método de raciocínio próprio das ciências humanas ou da prudência de que falavam Aristóteles E Cícero, e que chega a conclusões elaboradas pelas técnicas de argumentação dialética, travadas sobre dados que influam no encontro do resultado mais justo para a aplicação da lei ao caso concreto[11].

Comentando a obra de Theodor Viehweg, Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca que o pensador alemão, na reconstrução da tópica no Direito, remonta a Aristóteles,

---

10. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción cit.*, p. 197. Anota EROS ROBERTO GRAU que o texto normativo, na lição de MÜLLER, "não contém imediatamente a *norma*. A *norma* é *construída*, pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito (o preceito jurídico é uma matéria jurídica que precisa ser 'trabalhada'). Inicialmente caminhamos do *texto da norma* até a *norma jurídica*. Em seguida, caminhamos da *norma jurídica* até a *norma de decisão*, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a *concretização da norma*, ou seja, mediante a *produção de uma norma jurídica geral*, no quadro da solução de um caso determinado. A *concretização* do direito não é mero descobrimento (*Rechtsfindung*) do direito, mas a produção de uma *norma jurídica geral* no quadro de solução de um caso determinado. Assim, a *concretização* envolve também a análise do *âmbito da norma*, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. Dizendo-o de outro modo: a *norma* é produzida, no curso de processo de *concretização*, não a partir exclusivamente dos elementos do *texto*, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada. Ora, desde o momento da elaboração do texto até o instante de sua aplicação, a norma é determinada histórica e socialmente. Logo, quando o jurista cogita dos elementos e situações do *mundo da vida* sobre os quais recai determinada norma, não se refere a um tema *metajurídico*. A norma é composta pela história, pela cultura e pelas demais características da sociedade no âmbito da qual se aplica" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 72-73).

11. O raciocínio axiológico em que se traduz a lógica do razoável utilizado pelo intérprete e aplicador do Direito, não é arbitrário, porque não pode fugir dos valores e anseios sociais prevalentes, nem pode ignorar a norma criada pelo legislador. Deve, outrossim, perseguir a "solução satisfatória", que há de vir da ponderação de todas as circunstâncias e valores sociais em jogo, de modo que "satisfatória" haverá de ser porque demonstradamente será evidenciada como a que, do ponto de vista do ordenamento jurídico positivo, pode ser considerada como justa (RECASENS SICHES, Luis. *Introducción cit.*, p. 247).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION380 380 4/10/2007 14:39:51

> […] para quem se coloca uma diferença entre demonstrações apodíticas e dialéticas. O grego tinha um conceito bastante estrito de ciência. A cientificidade é apenas atribuível ao conhecimento da coisa. Nestes termos nos falava ele em conhecimento universal. A lógica deste conhecimento é a analítica, que constrói suas demonstrações a partir de premissas verdadeiras, por meio de um procedimento silogístico estrito. Nesse sentido, as demonstrações da ciência são apodíticas, em oposição às argumentações retóricas, que são dialéticas. Dialéticos são os argumentos que concluem a partir de premissas, aceitas pela comunidade como parecendo verdadeiras (Ref. Sof. 165 *b* 3). A dialética é, então, uma espécie de arte de trabalhar com opiniões opostas, que instaura entre elas um diálogo, confrontando-as, no sentido de um procedimento crítico. Enquanto a analítica está na base da ciência, a dialética está na base da prudência.
>
> É esta prudência, enquanto sabedoria, virtude de saber sopesar os argumentos, confrontar opiniões e decidir com equilíbrio, que Viehweg investiga em seu livro, desde a jurisprudência romana, passando pelo *mos itálicos* e pela Era Moderna, até a civilística contemporânea[12].

À luz da tópica aristotélica, a prudência deve ser utilizada para superar problemas das ciências humanas, como o Direito, que o dogmatismo sistemático não consegue enfrentar ou que enfrenta com soluções insatisfatórias. Pensando sobre *problemas*, a prudência se vale do argumento dialético para, diante do caso concreto, buscar a solução, livre da influência preconcebida do sistema lógico-formal do dogmatismo. Para o jurista liberado das amarras do raciocínio lógico puro, as questões a enfrentar, quando problemáticas, tornam-se *questões abertas*, isto é, questões não previamente resolvidas. Daí o seu emprenho de imaginar as diversas soluções possíveis e os pontos de apoio com que cada uma delas possa contar. Confrontando-as procurará definir dentre as possíveis soluções, qual a que pode ser havida como "a mais justificada".

Assim, a interpretação adotará a conclusão ou solução que constituir

> […] o resultado da ponderação comparativa de cada um dos pontos de apoio das respectivas soluções possíveis, como também das objeções correspondentes; e que por meio desse processo, alcançará finalmente a melhor decisão[13].

12. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 5-6 (trecho do Prefácio do Tradutor).
13. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción cit.*, p. 262. "Praticamos a interpretação do direito não – ou apenas não – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas porque, como adiante veremos, interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos. O intérprete autêntico procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimento que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira incisiva na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito cit.*, p. 71).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION381 381 4/10/2007 14:39:52

A interpretação prudencial, muito adequada ao emprego da lógica do razoável, determina, no campo do Direito, que o raciocínio jurídico deva assentar-se sobre o exame e reexame dos *princípios* sempre à luz das *conseqüências* que produzam nos casos concretos, para, em seguida, proceder a uma análise valorativa de suas conseqüências. Será em razão dos resultados dessa análise valorativa quem afinal, se poderá aceitar ou rechaçar o princípio proposto ao debate dialético[14].

5. O EMPIRISMO DO CONHECIMENTO JURÍDICO E SUA PREDOMINÂNCIA NA TÉCNICA DE CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS DO DIREITO

A técnica de revelação e conhecimento do Direito é eminentemente empírica. Não se nutre de verdades apriorísticas e inatas tão caras ao racionalismo. É a história e a cultura que o produz na experiência da vida social. Por mais que se empreguem esforços racionais para sistematizar o Direito, seus conceitos não conseguem afastar-se da praticidade e nem assumem uma precisão exaustiva. Direito é nada mais nada menos que linguagem, de sorte que as normas e princípios que o formam padecem sempre da "indeterminação da linguagem". Explica Noel Struchiner que a incompletude essencial das descrições empíricas do Direito provoca a incompletude das definições dos seus conceitos, que ostentam sempre uma "textura aberta". Daí que, no campo do conhecimento jurídico, dominado pelo casuísmo,

> […] por mais que possamos tentar construir uma definição ou modelo de pensamento capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos, essa tarefa é impossível já que sempre podem surgir casos novos que requeiram uma reformulação da definição.[15]

As regras jurídicas – especialmente as expressas no direito positivo – são, por isso, aplicadas sem maiores problemas nos casos paradigmáticos, que comportam soluções ordinárias. Nos casos difíceis, isto é, naqueles em que os termos da proposição normativa não se amoldam facilmente às situações fáticas, a solução será encontrada por meio da operação criativa do juiz, que exercerá uma atividade complementar à do legislador, e "agirá com uma certa dosagem de discricionariedade".[16]

---

14. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción cit.*, p. 262.
15. STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem:* uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito**.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19.
16. STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem cit.*, p. 73.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION382 382 4/10/2007 14:39:52

Entretanto, o caráter aberto das normas jurídicas e sua exegese problemática diante dos casos concretos não o tornam totalmente indefinido e impreciso, nem tampouco conferem um poder discricionário aos seus operadores. As normas do direito positivo representam parâmetros e limites dos quais o intérprete não pode fugir, e, de certa forma, tornam previsíveis e seguros o resultado dos relacionamentos jurídicos.

O que, na verdade, torna o Direito possível, como fornecedor de pautas de condutas para casos futuros é o fato de que

> […] toda regra tem um núcleo de certeza onde a maioria dos casos é encontrada e onde sabemos que ela deve ser aplicada ou não (...) é em função da existência de um núcleo de certeza nas regras que os critérios para existência do direito são preenchidos[17].

Isto quer dizer que mesmo quando o juiz tenha de construir a solução do caso novo (*hard case*, de que fala Hart), a discricionariedade utilizável é bastante relativa. Ou seja, "todo comando normativo possui um conteúdo claro a que o intérprete está vinculado e que o direciona, mesmo nos casos não previstos"[18].

O juiz (ou intérprete) pode atuar criativamente, para exercer a escolha de como preencher a "área de textura aberta", da regra, mas encontrará sempre "um núcleo de significado determinado", do qual não estará livre para se afastar "nas suas decisões oficiais"[19]. O juiz, em outros termos, pode criar soluções à margem da norma legislada, pode completá-la em suas incompletudes inevitáveis, mas não pode negá-la nem violá-la, enfim.

Eis aí mais uma razão para concluir que é na técnica do próprio Direito inspirada nas exigências da vida e sob influência das diversas forças atuantes sobre o meio social, que o jurista encontra solução para os complexos problemas de compreensão e atuação das normas jurídicas, e não pelos caminhos racionais e silogísticos traçados normalmente no terreno filosófico.

6. A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

No campo da norma jurídica a interpretação não pode dar-se com o emprego da técnica própria da lógica formal. Tem-se de procurar, no meio humano e social, a razão pela qual a lei foi editada, para diante dos interesses tutelados,

17. STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem cit.,* p. 73.
18. ROCHA, Marco Túlio Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas:* a proteção estatal da família (Tese de Doutoramento). Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 47.
19. STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem* cit., p. 137.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION383 383 4/10/2007 14:39:52

compreender quais os fins ou objetivos que se pretendeu alcançar. É isto que a lógica do razoável realiza na tarefa interpretativa da norma jurídica. Antes de tudo, as normas de Direito "devem ser interpretadas à luz da confrontação de seus efeitos com o propósito que inspirou a elaboração da norma"[20]. Em outros termos:

> La interpretación del Derecho deve llevarse a cabo tomando principalmente en cuenta las *finalidades* de la norma en cuestión; debe atender a los *propósitos*; no tomar tanto en consideración las máximas antecedentes, cuanto más bien los *eféctos* que la decisión vaya a producir, de acuerdo con el fin de la norma jurídica[21].

A justificação social da lei é um decisivo elemento a ponderar na sua interpretação. A *finalidade* proposta, acentua ASCENÇÃO, "carece ser tida em conta". A ela – prossegue a douta lição – "deve ser adequada a regra resultante, porque todo o direito é finalista. Toda a fonte existe para atingir fins ou objetivos sociais. Por isso, enquanto se não descobrir o *para quê* duma lei, não se detém ainda a chave da sua interpretação"[22].

Ao lado do elemento teleológico, que revela mais propriamente o motivo político que impulsionou o legislador a criar a regra, a operação de interpretar a lei em função de seu resultado prático resulta na definição do sentido, espírito ou razão da lei. A *ratio legis* é que irá permitir enfim "iluminar os pontos obscuros e chegar à norma que se encerra na fonte". Ainda que se desprenda das razões de fundo político, de que adveio a obra legislativa, a *ratio legis* consegue fornecer ao intérprete elementos capazes de desvendar "a razão ou sentido intrínseco da lei", isto é, do produto normativo em que afinal se transformou a obra legislada[23].

7. O PAPEL DA FILOSOFIA

O filosofar é importante para todo e qualquer cientista pois é por seu intermédio que se exercita a cognoscibilidade e se desenvolve a racionalidade do saber humano. Mas, o emprego do saber filosófico só é útil em cada segmento da ciência quando utilizado para produzir resultados relevantes no mister do ramo em que é aplicado.

Filosofar por filosofar interessa à filosofia. Para o direito, porém, o conhecimento das teorias filosóficas somente é útil ou relevante na medida em que

20. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción cit.*, p. 212.
21. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción cit.*, p. 230.
22. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito cit.*, n.º 230, p. 395.
23. Cf. ASCENSÃO, *op. cit.,* nº 232, p. 398

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION384 384 4/10/2007 14:39:52

o jurista consiga utilizá-lo para produzir resultados no plano de sua ciência, que é, sabidamente, ávida de resultados práticos para a disciplina normativa da convivência social. Sem tais resultados, na esfera própria dos fenômenos jurídicos, o trabalho filosófico não atende os objetivos do direito, por mais bonito e convincente que seja no plano das abstrações sintetizantes da filosofia.

O direito positivo – todo ele e particularmente o processual – é pura criação do poder legisferante. Não está na filofosia a sua fonte. Esta, quanto muito, tomando conhecimento do direito existente, pode tentar explicar como se configura, em princípio, o ordenamento jurídico de determinada sociedade e que força ele consegue, racionalmente, exercer sobre a comunidade civilizada.

O direito positivo – objeto trabalhado pela ciência do direito – é aquilo que o *poder* estabelece dentro das forças políticas organizadas do Estado. Se a lei cria um instituto e no seu disciplinamento prático e objetivo o destina a privilegiar um interesse, e não outro, pouco importa, no plano estritamente jurídico, que os filósofos entendam que no direito moderno, em princípio, não há supremacia, por exemplo, do interesse público sobre o interesse privado.

O direito positivo é aquilo – perdoem-nos o truísmo – que foi positivado pelo poder normativo, e não necessariamente o *idealizado* teoricamente pelo filósofo. Vale dizer: se um preceito legal foi editado para fazer prevalecer um determinado interesse, nas circunstâncias do fato normatizado, não há como recusar a opção adotada. No campo de incidência do preceito a prevalência do interesse tutelado é irrecusável, seja ele público ou privado. Só não prevalecerá o privilégio consagrado na lei se esta se indispuser com algum princípio maior definido na ordem constitucional. Mas, aí a rejeição vem do próprio sistema jurídico, isto é, decorre da própria técnica da ciência do direito e não de imposição filosófica.

Se, portanto, a Constituição, em sua própria defesa criou o recurso extraordinário com pressupostos e efeitos que o distinguem dos recursos ordinários do direito processual comum, é irrelevante que os filósofos venham afirmar que não há substancial distinção entre eles e que o interesse público apontado juridicamente como traço individualizador do extraordinário não se preste a distingui-lo dos demais recursos processuais. O recurso constitucional defende, preferentemente, o interesse público na guarda da Constituição porque simplesmente a lei maior o instituiu para esse fim específico. Pouco importa que filosoficamente se constate que no Estado Democrático de Direito em regra não se adota o privilégio do interesse público sobre o privado e que ambos devam permanecer sempre em tensão à espera da solução do caso concreto.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION385 385 4/10/2007 14:39:52

Assim, não se vê como fechar os olhos para essa dimensão pública institucional e igualar o recurso extraordinário aos ordinários, colocando como objeto de uns e outros os mesmos interesses, numa só linha de tensão, sem qualquer desnível entre eles. Não se pode analisar uma figura de direito positivo, abstraindo-se do que o próprio direito positivo quis criar e efetivamente criou.

Enfim, a Constituição quis criar e criou recursos extraordinários que ela vinculou a propósitos de supremacia do interesse público retratado na ordem constitucional e na uniformidade da aplicação da lei federal. Não cabe, *data venia,* à doutrina fazer uma leitura da Constituição que corresponda a ideologia própria do intérprete, para atribuir ao instituto constitucional um sentido divorciado daquilo que realmente a vontade constituinte implantou.

De *lege ferenda* até se pode pretender que outra solução normativa melhor e mais condizente com o Estado Democrático de Direito tivesse sido adotada ou venha a ser adotada em futura reforma legislativa.

O que, de forma alguma, se há de fazer é trazer para a hermenêutica do direito positivo afirmações e conclusões antagônicas com a vontade normativa claramente exteriorizada pela Constituição e pelo direito comum a ela afeiçoado, apenas para submetê-la a critérios ideológicos de certa corrente filosófica.

Não importa – repita-se – que filosoficamente se constate a permanente tensão entre o interesse público e o privado, e que, de regra não se possa aprioristicamente impor a supremacia de um sobre o outro. Mas há momentos em que, no planejamento político da jurisdicização da sociedade, o legislador – principalmente o constituinte – se veja compelido a definir a pontual superioridade de um dos interesses em jogo.

Mesmo que não se possa teoricamente evitar, por completo, a tensão entre o público e o privado no julgamento do recurso extraordinário, é irrecusável que o legislador constituinte tem o poder normativo de idealizar certos remédios cuja precípua finalidade se justifique na necessidade de dar guarida especial ao interesse público, como acontece na política constitucional de destinar um recurso a se ocupar, preferencialmente, da *uniformidade da interpretação* da própria Constituição e das leis federais, e não, diretamente, da correção de injustiças cometidas pela sentença.

O pensamento racional dos filósofos pode muito na abordagem do que acontece no mundo dos fenômenos jurídico-sociais, mas o legislador constituinte pode muito mais no plano de dimensionar os conflitos de interesse e de traçar remédios para tutelar aqueles interesses que pontualmente sejam mais relevantes e, pois mereçam prevalecer, *in concreto,* ainda que em sacrifício de outros interesses também legítimos, mas que, politicamente, devam ceder a primazia.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION386 386 4/10/2007 14:39:53

A tensão sempre existirá, mas a opção político-constitucional nunca estará impedida de escolher um determinado interesse para sobrepujá-lo a outro, em nome de valores e conveniências constitucionais de maior relevância na organização e funcionamento dos poderes soberanos que atuam no Estado Democrático de Direito.

8. CONCLUSÕES JURÍDICAS

O Direito enquanto tratado dentro do terreno estritamente jurídico, não pode ser visto como uma ciência em sentido próprio. É, na ótica de Aristóteles, uma prudência que corresponde à técnica ou arte de estabelecer dialeticamente as soluções mais satisfatórias no cumprimento da missão organizadora da vida em sociedade.

Assim visto o Direito, seus intérpretes e operadores não podem se perder em abstrações e generalizações despidas de efeitos práticos para a vida juridicamente organizada. Como repositório de normas do que deve ser melhor para o convívio social, o direito há de ser estudado e compreendido *funcionalmente*, ou seja, em estrita conexão com os *efeitos práticos* que o sistema e cada um de seus princípios, institutos, remédios e normas estão predispostos a produzir.

Tratar o fenômeno jurídico como objeto de especulação puramente teórica e abstrata não é adequado ao trabalho jurídico propriamente dito. Pode acontecer no plano filosófico, sociológico, psicológico e econômico, não no plano específico do direito.

Concluir, portanto, que por exemplo, o recurso extraordinário na ótica filosófica, não é senão um outro recurso em tudo igual aos recursos ordinários, não contribui em nada para entender e explicar o papel jurídico que a Constituição atribui a esse remédio especial de atuação em juízo. Se não se encontra uma função própria e específica para o extraordinário, seria inócua a sua instituição feita pela Constituição fora do âmbito regulador dos remédios impugnativos do processo.

Daí porque, sem embargo da relevância que, filosófica ou sociologicamente, se possa encontrar na tentativa de anulação das diferenças clássicas que os juristas unanimente encontram nas funções dos recursos ordinários e extraordinários, o esforço implementado em tal sentido não cumpre função alguma no campo jurídico puro e específico.

"Os conteúdos das normas do direito – como adverte Recasens Siches – não são proposições lógicas das quais se extraia um juízo de verdade ou falsidade. As normas do direito positivo – acrescenta o grande doutor – não são enunciados de

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION387 387 4/10/2007 14:39:53

idéias com intrínseca validade; nem são tampouco descrições de fatos, nem expressão de nenhum ser. Pelo contrário, as normas do direito positivo são instrumentos práticos, elaborados e construídos pelos homens para que, mediante seu manejo, produzam na realidade social certos efeitos, precisamente o cumprimento dos propósitos concebidos que inspiraram a elaboração de tais normas"[24].

Por isso, "a interpretação do direito deve ser feita levando em conta principalmente as *finalidades* da norma em questão; deve atender aos propósitos; não tomar tanto em consideração as máximas antecedentes, mas principalmente os *efeitos* que a decisão deva produzir, de acordo com o fim da norma jurídica"[25]. É, nessa ordem de idéias, o *fim* ou o *propósito* "o criador de todo direito", como ensinava Ihering[26].

Conhecer o *direito* é, pois, conhecer suas *funções práticas.* "De que serve que uma máquina apareça como uma obra perfeitíssima do engenho (da inteligência), se, como máquina, é imprópria para o uso a que foi destinada?"[27]. É, destarte, a partir do *objetivo* ou *finalidade* da norma que o processo de interpretação e aplicação tem de iniciar e se desenvolver. Será, afinal, dentro do prisma prático dos efeitos projetados e possíveis dentro do sistema positivo existente que se encontrará, dialeticamente, a melhor inteligência e, consequentemente, a interpretação que, para o direito, haverá de prevalecer.

Enfim, não há campo do conhecimento mais adequado ao método pragmático de Charles Sanders Peirce do que o Direito. Segundo o pensamento do "Pai da Filosofia Pós-Moderna", o método do pragmatismo (ou pragmaticismo) consiste em tentar interpretar todo conceito pelas suas conseqüências práticas. Desse modo, contrapostos dois conceitos, um dos quais se afirma verdadeiro, e outro não verdadeiro, cumpre ao pensador indagar qual a diferença que *na prática* se poderia extrair dos dois conceitos? Não havendo diferença *prática*, deve-se concluir que as alternativas são equivalentes e que a discussão é *inútil*. Assim, "se dois conceitos não produzem conseqüências diversas, são indistinguíveis"[28]. É, pois, pura perda de tempo insistir numa distinção meramente acadêmica, sem resultados práticos no campo do Direito.

24. *Introducción al estúdio del derecho,* 2. ed., México, Ed. Porrúa, 1972, p. 211-212
25. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción* cit., p. 230.
26. Apud RECASENS SICHES, Luis. *Introducción* cit., p. 220.
27. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción* cit., p. 220.
28. FÉLIX, Luciene. Charles Peirce. In: *Carta Forense,* n.º 47, p. 49, abril/2007.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION388 388 4/10/2007 14:39:53

CAPÍTULO XVII

DA TEORIA GERAL DO PROCESSO À TEORIA DA TRADUÇÃO: UM APORTE DA SOCIOLOGIA DAS AUSÊNCIAS E DAS EMERGÊNCIAS

Jânia Maria Lopes Saldanha*

Sumário: Introdução – Parte I: A TEORIA GERAL DO PROCESSO ENTRE A RAZÃO METONÍMICA E A RAZÃO PROLÉPTICA: 1.1. A Teoria Geral do Processo e a razão metonímica: o recurso à sociologia das ausências; 1.2. A Teoria Geral do Processo e a razão proléptica: o recurso à sociologia das emergências – Parte II: DA TEORIA GERAL DO PROCESSO À TEORIA DA TRADUÇÃO: 2.1. Pensando um novo processo: A hermenêutica diatópica e as zonas de contato. Outras experiências possíveis; 2.2. A construção de uma teoria da tradução para a Justiça – Considerações finais – Referências.

Somente a imaginação nos permite ver as coisas em suas perspectivas próprias; só ela coloca a uma certa distância o que está próximo demais para que possamos ver sem tendências ou preconceitos; e só ela permite superar os abismos que nos separam do que é remoto, para que possamos ver e compreender tudo o que está longe demais como se fosse assunto nosso. Esse "distanciamento" de algumas coisas e aproximação de outras pela superação dos abismos faz parte do diálogo da compreensão, para cujas finalidades a experiência direta estabelece contato próximo demais e o mero conhecimento ergue barreiras artificiais.

Hannah Arendt

INTRODUÇÃO

Este texto tentará mostrar que o possível, invariavelmente, poderá ser mais rico que o real. É fato que a crise da Justiça ocorre nos mais variados sistemas jurídicos do mundo ocidental, seja Por sua morosidade, seja em razão de seu distanciamento para com as demandas da cidadania, o que se deve, por um lado, às estruturas processuais, que se tornaram obsoletas, em virtude de terem originado-se em outro contexto sócio-político e, por outro, porque os juristas ainda não conseguiram superar o seu histórico distanciamento da sociedade. A a-historicidade do Direito explica mas não justifica a permanência desse *status quo*.

(*) Doutora em Direito da UNISINOS. Mestre em Integração Latino-Americana. Coordenadora e Professora do Mestrado em Integração Latino-Americana e do Curso de Graduação em Direito da UFSM, onde ministra as disciplinas de Direito Processual Civil, Cooperação Jurisdicional e Policial, Globalização e Estado Pós-Nacional. Advogada. Esse ensaio foi produzido no contexto dos estudos realizados no âmbito do Grupo de Pesquisa "Cidadania, Multiculturalismo, Poderes e Processos de Integração", registrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do Brasil (CNPq) e certificado pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, representando resultados parciais da pesquisa "O *ethos* da sumariedade processual frente à cooperação interjurisdicional no Mercosul" com apoio da FAPERGS.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION389 389 4/10/2007 14:39:53

É necessário, em vista desse quadro, realizar uma reflexão teórica e epistemológica sobre o papel do direito processual para a solução dos conflitos, por meio da atuação do Poder Judiciário. Essa ainda é a forma hegemônica de solução dos conflitos em quase todo o mundo ocidental.

Nesse contexto, faz-se necessário analisar o que os juristas "deixam de fora" ao permanecerem atrelados ao modelo de jurisdição calcado no conflito e na decidibilidade. Por outro lado, é importante pensar sobre o quê deixa-se de aprender com outros espaços de solução de controvérsias, à medida em que se crê que o direito processual aplicado pela jurisdição é a única via possível de solução dos conflitos.

O trabalho será dividido em duas partes. Na primeira, será realizada a crítica à razão metonímica e à razão proléptica[1] dos processualistas. A finalidade é investigar se é possível transcender a Teoria Geral do Processo em vista das "ausências" geradas pela compreensão atual do processo e da jurisdição. Para tanto, tomar-se-á como ponto de partida a sociologia das ausências de Boaventura de Sousa Santos. Também a jurisdição e o direito processual serão anali-sados a partir da sociologia das emergências de autoria desse mesmo autor (Parte I).

Por fim, é preciso refletir se uma teoria geral para o processo ao invés de contribuir para a melhoria do sistema jurisdicional de solução das controvérsias não causa justamente o contrário por ignorar a singularidade dos conflitos. Ante a falibilidade das abstrações genéricas, é pertinente pensar na construção de uma teoria da tradução para o processo, capaz de aproximar aquilo que existe e não é visto com o quê falta mas cuja necessidade de existência não é pensada (Parte II).

PARTE I

A TEORIA GERAL DO PROCESSO ENTRE A RAZÃO METONÍMICA E A RAZÃO PROLÉPTICA[2]

A forma de produção do conhecimento jurídico no mundo ocidental tem expressado, tradicionalmente, a influência dos princípios oriundos das ciências

1. O sentido dessas expressões será explicado a seguir.
2. Essas duas expressões são de autoria de SANTOS, Boaventura de Sousa. O autor critica a razão indolente, dividindo-a em razão impotente, arrogante, metonímica e proléptica. Propõe a sua superação por uma outra que denomina de razão cosmopolita, a qual se funda em três procedimentos sociológicos: a sociologia das ausências e das emergências e o trabalho de tradução. Por razão metonímica entende aquela que se reivindica como a única forma de racionalidade, ignorando qualquer outra que possa existir. Tal fenômeno se opera no campo das experiências. Já por razão proléptica entende aquela que não se preocupa em pensar o futuro, pois acha que sabe tudo a respeito dele. Essa razão acontece no âmbito das expectativas. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente.* São Paulo: Cortez, 2004, p. 779-780.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION390 390 4/10/2007 14:39:53

exatas.[3] A busca incessante por segurança jurídica e por ordem por intermédio da aplicação do Direito, tem sido os maior signo dessa influência que silenciosamente perpassou os séculos.

Tudo aquilo que não pode se encaixar nesse modelo, voltado à previsibilidade e certeza,[4] não é digno de confiança. O direito processual, elevado à condição de ciência já nos estertores do século XIX, sempre esteve a serviço desse ideário. O conjunto de institutos e princípios construído por importantes teóricos da época atendeu regiamente à necessidade de uniformização de toda a ritualística processual.[5] E sendo assim, por longo tempo fechou-se a outras possibilidades, ainda que a crise da Justiça[6] tenha dado seus primeiros sinais no início da segunda metade do século XX, acompanhando a própria crise do Estado.[7]

---

3. Sobre o tema BAPTISTA DA Silva, Ovídio Araújo diz que a busca por segurança jurídica através da utilização do uso da metodologia das ciências exatas, foi o que ocasionou a supressão do estudo de casos no ensino do direito. A conseqüência foi o "mergulho" dos juristas na normatividade cuja conseqüência foi o total descaso do mundo concreto. *In: Processo e Ideologia.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36. Esse, a propósito, tem sido o pensamento incansável de CASTANHEIRA NEVES, Antonio, na medida em que afirma que o problema da aplicação jurídica não está na dedução a partir das premissas que se postulam oferecidas (as normas e os fatos) mas na elaboração das premissas oriundas pelo problema do caso jurídico a ser decidido. *In: Método jurídico. Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 309.
4. Dois valores magnos da modernidade obedecem à lógica do pensamento linear, quais sejam, a verdade e a certeza. A primeira é ligada ao pensamento único, da competitividade e da vida vista como uma guerra. A segunda refere-se a uma forma de explicação do mundo que pressupõe um universo imutável e fora do observador que pode sempre alcançá-lo por meio do raciocínio lógico. Sobre esse tema consulte-se MARIOTTI, Humberto. *As paixões do ego. Complexidade, Política e Solidariedade.* São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 162-167.
5. Esse é o contraste notório entre o sistema consuetudinário e o sistema civil, o qual deu origem ao sistema processual brasileiro. Enquanto no primeiro a codificação ainda é estranha à sua tradição de desenvolvimento gradual e empírico, baseada nos precedentes, o segundo apóia-se na codificação racionalizada dos princípios jurídicos básicos, inspiradora do desejo de unificação das leis com a conseqüente eliminação das variações locais em instituições e regras no interior de um mesmo país. Consulte-se: LLOYD, Dennis. *A idéia de lei.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 356-357 e GARAPON, Antoine. PAPADOPOULOS, Ionnis. *Juger em Amérique et em France.* Paris: Odile Jacob, 2003.
6. Em um ciclo de conferências realizado na Universidade de Pádua , na primeira metade do século XX, analisando a crise da justiça na Itália, CALAMANDREI, Piero, um dos mais importantes teóricos do direito processual civil italiano daquela época, reconheceu a crise do jurista puro e da lógica jurídica, dizendo que os juristas deveriam descansar à sombra de suas arquiteturas conceituais, feitas de normas gerais e abstratas, que afastou o direito da política e da moral e de todas as questões prejurídicas e metajurídicas. *In: A crise da justiça.* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 14. Como se vê, o tema não é recente. Há de se reconhecer que ao mesmo tempo que em se construíam teorias e conceitos de direito processual, a crise já emergia.
7. Sobre o tema consulte-se ROSANVALON, Pierre. *La Crise de l'État Providence. Paris: Seul, 1981.* DELMAS-MARTY, Mireille aponta para esse fenômeno fazendo referência a dois aspectos distintos. O primeiro, representado por modelos de Estado em extinção. De um lado, mais estado e, então, vê-se a presença dos Estados autoritários e totalitários. De outro, menos Estado, então encontra-se na sua forma radical, a sociedade sem Estado. O segundo, um modelo a ser construído, capaz de pensar o múltiplo e os laços das mudanças que envolvem Estado/sociedade civil; Estado/Sociedade internacional, bem como capaz de pensar os tempos iterativos, quais sejam, os tempos das leis, dos processos e das penas para,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION391 391 4/10/2007 14:39:54

A situação perdura. Na atualidade, tal racionalidade ignora ou esconde outras alternativas existentes no sistema jurídico voltadas à solução dos conflitos. A Teoria Geral do Processo que, como o próprio nome indica, define os principais institutos do direito processual, bem como sua principiologia, tem sido a disciplina responsável pela crença de que a uniformidade do sistema processual é necessária para que a atividade do Poder Judiciário seja confiável. Afinal, se houver uniformidade de rito para a veiculação em juízo de um maior número de direitos materiais, tanto mais se terá a certeza dos resultados e o cumprimento do devido processo legal.

Com efeito, esse quadro é a expressão da apriorização inscrita na lógica do campo jurídico, para usar a linguagem de Pierre Bourdieu.[8] A neutralização e a universalização são dois efeitos dos processos lingüísticos que têm caracterizado o Direito. Ambos estão interligados. Ora, é justamente porque repetidamente tem-se dito que o direito processual é mero instrumento neutro que a universalização de rito fortalece-se por meio de vários procedimentos convergentes.

O mesmo ocorre com os principais institutos de direito processual. Basta lembrar a compreensão da ação, à base da qual repousa a idéia de conflito, da defesa e da revelia, marcada, ainda, pelo perfil privado e individualista[9] de processo, herdado da fase tardia do direito romano. Na verdade, tem cabido, ao menos aos juristas da tradição romano-germânica *pôr-em-forma*[10] a aplicação dos princípios e regras para suas práticas, através da elaboração de um corpo sistemático assentado em princípios racionais e tendentes à universalização e, então, à uniformidade e à redução da variabilidade dos comportamentos e das decisões.

Mas há uma outra razão que confirma essa busca pela uniformidade e que não deve ser esquecida. É que a compreensão dos institutos antes citados acontece no âmbito do procedimento ordinário.[11] Como se sabe, esse é o modelo

---

enfim, propor a necessidade de ordenar o cenário múltiplo em que se vive na atualidade. *In: Le flou du droit.* Paris: PUF, 2004.

8. *O poder simbólico.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 215-216.
9. MAFFESOLI, Michel faz pensar outras possibilidades quando diz que ao contrário do que se pensa, vive-se num mundo não mais marcado pelo individualismo. O tribalismo, ao poucos tem tomado o seu lugar e é ele que tem declarado guerra ao esquema que marcou o Ocidente, em cujo âmbito se destaca o indivíduo. Esse seria o último avatar da modernidade, esse Deus moderno, em que a identidade é seu modo de expressão. Há um destino comunitário que não deixa de ser amedrontador, mas que não pode ser ignorado. *O tempo da tribos. O declínio do individualismo nas sociedades de massa.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 16-17. A idéia é sugestiva para que se pense a importância da utilização das ações coletivas para a solução dos conflitos existentes na sociedade contemporânea, marcada por valores conflitantes que envolvem massas de cidadãos a exigir efetividade dos seus direitos.
10. BOURDIEU, Pierre. *O poder...,* op. cit. p. 221.
11. Uma profunda crítica a esse sistema pode ser encontrada em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.* 2. ed. São Paulo: RT, 1998, especialmente capítulos 4 a 6.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION392 392 4/10/2007 14:39:54

paradigmático de rito para o processo civil que a doutrina tradicional tem-se encarregado de perpetuar como aquele capaz de satisfazer na plenitude e de modo exauriente o direito material invocado em juízo. Sob essa ótica, não poderia mesmo ser diferente porque a cognição realizada por quem julga, sendo plena, permite as mais amplas alegações e defesas. Por isso, para os juristas tradicionais, ao menos no plano da teoria, tende a fornecer respostas certas e coerentes. Os custos de tempo,[12] de atos e de despesas financeiras impostos às partes e ao Estado ficam suplantados pelo fim a ser atingido que é a segurança jurídica, cuja manutenção como dogma, o trabalho de formalização jurídica tem muito se prestado. Mas para "além das palavras e dos gestos, o tempo do processo é um fenômeno a meditar."[13]

O que continua a ser surpreendente neste modo de compreender o direito processual e de aplicar seus institutos é que a uniformidade e generalização de aplicação de um mesmo rito escondem as peculiaridades do caso concreto. Esse, no entanto, muitas vezes exige formas processuais diferentes para solucioná-lo, impostas, é bom lembrar, pela natureza do direito material.[14] O plano da abstração, onde repousam as regras processuais, jamais será capaz de alcançar as vicissitudes da riqueza da vida real.[15] Mas essa é a epistemologia do certo e do errado imposta por uma percepção lógica do Direito e do Processo quando, na verdade, é na analogia que se encontra a condição de possibilidade de superar-se o positivismo e, desse modo recolocar-se o Direito e o Direito Processual no seu devido lugar que é no âmbito das ciências do espírito.[16]

12. O problema do tempo e o processo tem sido objeto de muitas reflexões, pois muitas vezes, ainda que a resposta dada seja a esperada pela parte, nada há que supere o custo da espera. A Emenda Constitucional n. 45 inseriu o inciso LXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal o qual prevê a duração razoável do tempo do processo. Essa previsão desde a primeira metade do século XX encontra-se inserida no artigo 6., alínea 1, da Convenção Européia para Salvaguarda e Proteção dos Direitos do Homem e, por conta dela, alguns Estados europeus têm sido recorrentemente condenados a indenizar as partes do processo em razão da demora. A compreensão do que seja o prazo razoável ainda está a depender do trabalho doutrinário e jurisprudencial no Brasil. Consulte-se sobre o tema: HOFFMANN, Paulo. *Razoável duração do processo.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.
13. DELMAS-MARTY, Mireille. *Le flou...* p. 305.
14. Discussões acerca do papel do direito material para a compreensão do direito processual podem ser vistas em: MACHADO, Fábio Cardoso. RIZZO AMARAL, Guilherme. *Polêmica sobre ação. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
15. A reflexão de STRECK, Lenio sobre essa temática é digna de nota. Refere o autor que o mundo prático não pode ser dito no todo. Sempre sobra algo. Trata-se da 'dobra' que cada caso concreto possui, assim como ocorre com a linguagem. Enfim, sempre sobra a realidade que repousa na singularidade de cada caso. *In: Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006, p. 275-279.
16. Sobre o tema consulte-se: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, especialmente o capítulo XI, p. 265-296. O autor relembra lição da Arthur Kaufmann para quem a analogia é rejeitada pelo positivismo justamente pelo fato de conduzir a juízos sempre problemáticos e, sendo assim, não pode fornecer resultados seguros. Op. Cit., p. 270.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION393 393 4/10/2007 14:39:54

A lição de Castanheira Neves[17] é oportuna para demonstrar o quanto de inexata, senão perigosa, é essa subserviência à abstração que a teoria geral impõe e que tem fomentado o positivismo jurídico ao longo de décadas. Lembra o autor que para além da interpretação o que importa mesmo é a "concreta realização do direito". O que significa esse pensar? Significa que a intenção axiológico-normativa do direito enquanto tal deve adequar-se ao problema jurídico concreto. Nesse sentido, o direito revela-se em dois pólos. O primeiro é o do "sistema", na sua intencionalidade normativa. O segundo no "problema" específico do caso decidendo. Há, portanto, uma dupla dimensão intencional, ou seja, uma dimensão sistemática e outra problemática. Resulta que a norma será apenas o eixo de um processo metodológico complexo, em que, de um lado ela é transcendida pelo caso concreto e, de outro, ela é assimilada pelo diálogo metodológico da própria realização do Direito, que a utiliza. E a via de acesso a essa complexa operação é o Direito Processual.

Essa lição confirma o que antes se disse acerca da impropriedade da universalização de rito para a realização dos mais díspares direitos materiais. Mas é justamente para isso que historicamente tem-se voltado a Teoria Geral do Processo que ao invés de tornar o direito processual um ramo do pensamento jurídico emancipado, ao contrário, o mantém refém de institutos e princípios construídos para um outro tempo e, assim, torna-se incapaz de dar respostas às interrogantes que são verdadeiramente importantes ao tempo presente, como lembra Kaufmann.[18] É a forma de manter sua aura de cientificidade, nada estranho à modernidade, ignorando-se que é marcado pela cultura de cada época.

Se é preciso requestionar tais premissas, elas não surpreendem. Expressam a cultura iluminista de que inclusive nas ciências do espírito é possível medir e pesar. Sendo assim, o diferente torna-se desnecessário, porque a uniformidade faz-se a regra.[19] Ele apenas emerge, com extrema dificuldade, pela via da transgressão.

---

17. Interpretação jurídica. In: *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outro,* op. cit. p. 373-374. No texto o autor reconhece o trabalho de mediação que o intérprete desenvolve. Porém, afirma que esse é apenas um dos momentos da dialética, pois o segundo momento é o que diz com o caso concreto a ser decidido, com o problema jurídico concreto, sendo que o resulta disso é um diálogo problemático entre a norma e as exigências específicas do caso.
18. KAUFMANN, Arthur. *La filosofia del derecho em la posmodernidad.* Bogotá: Editorial Temis, 1998, p.7.
19. Refletindo sobre o papel das ciências do espírito e sobre a sua contaminação pelos princípios da ciência GADAMER, Hans-Georg perguntou se as peculiaridades das primeiras desvaneceriam-se diante de um edifício metodológico uniforme? Reconheceu, porém, que se um lado, há sim a tendência em unificar a imagem que os homens têm do mundo e o comportamento que desenvolvem dentro dele, que é a expressão mais geral da busca pela uniformização decorrente da extrema mobilidade humana na sociedade atual, de outro, há uma tendência ao reconhecimento da diferenciação que até o presente permaneceu oculta. Nesse sentido, é possível pensar em acolher experiências que têm sido postas de lado pelo pensamento hegemônico. *In: Acotaciones hermenêuticas.* Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 157-158.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION394 394 4/10/2007 14:39:54

Há, em vista disso, desperdício de experiências voltadas à solução de conflitos, seja na via judicial, seja na via extrajudicial. Essa é a lógica do "Império" de que falam Michael Hardt e Antonio Negri[20] que busca totalidade como forma de dominação. A ironia é que o "Império" não escapa da crise, ou melhor, paradoxalmente, ela é gerada por ele e estende-se sobre o mesmo espaço da totalidade pós-moderna da produção capitalista.

Assim, no caso brasileiro, as reformas[21] pelas quais têm passado o sistema processual apontam para um quadro de crise, decorrente, sobretudo, da obsolescência de inúmeros institutos de direito processual e, por isso, da incapacidade de resposta dos sistemas judiciais. Contudo, como se verá, se a intenção do legislador reformista é positiva, pois parte-se do princípio de que por meio delas pretende melhorar o sistema judicial, as estatísticas demonstram que os focos da crise não têm sido aplacados e o descrédito do Poder Judiciário é uma realidade não somente sociológica, mas que nasce em seu próprio interior.[22]

Nesse quadro, tudo aquilo que existe, mas permanece como não visto, é vítima da razão metonímica, que pode ser criticada pela ótica da sociologia das ausências (1.1). Tudo o que é possibilidade, mas não é reconhecido como tal, é resultado da razão proléptica que recebe a crítica da teoria das emergências (1.2.).

1.1. A Teoria Geral do Processo e a razão metonímica: o recurso à sociologia das ausências

A razão metonímica é aquela que se impõe como totalidade. Sendo assim, desconsidera outras totalidades existentes no vasto âmbito das experiências de solução de conflitos.

---

20. *Império.* Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2005, p. 408.
21. Para ter-se uma idéia desse quadro, podem ser citadas as últimas leis que alteraram o Código de Processo Civil: a- Lei 11.187/05 que alterou as regras sobre o recurso de agravo; b- Lei 11.276/06 que institui a denominada sentença vinculante; c- Lei 11.277/06 que estabelece a possibilidade de negativa de seguimento de recurso de apelação quando a matéria recorrida for de direito e já houver sido decidida em casos similares anteriores; d- Lei 11.280/06 que alterou regras sobre vício processual, prescrição, competência e ação rescisória; e- Lei 11.232/06 que alterou regras sobre sentença e coisa julgada, liquidação da sentença, criou a fase do cumprimento da sentença e alterou as regras relativas aos embargos à execução contra a Fazenda Pública.; f- Lei 11382/06 que alterou o Livro do Processo de Execução de Título Extrajudicial. Essas leis resultam de um conjunto de projetos de lei voltados à reforma processual que estão em trâmite no Congresso Nacional. A autora coordena grupo de pesquisa junto a UFSM sobre o tema, cuja problemática é investigar se as propostas atendem ou não os reclamos por uma justiça mais efetiva. Trata-se da pesquisa intitulada "Reformas do Código de Processo Civil e paradigmas da Ciência Processual Civil".
22. O descrédito não repousa apenas no interior da sociedade. Pesquisa realizada no ano de 2005, sob a coordenação da Professora Maria Tereza Sadek, junto a 3.258 magistrados que responderam à correspondência que foi encaminhada a todos os juízes brasileiros, num total de 11.286, evidencia que os juízes na ativa são os mais críticos quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, reprovando-o em quatro das seis áreas analisadas. Veja-se SADEK, Maria Tereza (Coord.). *Pesquisa AMB.* Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/ . Acesso em 26.03.2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION395 395 4/10/2007 14:39:55

No entanto, é preciso reconhecer que não há uma única totalidade ou modelo. Há sim uma convivência de experiências que precisa ser reconhecida. No campo do direito processual e da jurisdição, caso os juristas reconhecessem como importantes experiências ocorridas em outros campos do sistema judiciário,[23] muitas das reformas deveriam carregar outro conteúdo e significado ou até mesmo seria dispensável a sua existência. Para isso, importante seria pensar um outro sistema de solução de litígios em que o Estado assumisse uma nova relação entre meios judiciais e não judiciais de resolução de conflitos, sistema esse que deveria ser inclusivo e não exclusivo como é hoje a proposta da justiça restaurativa em Direito Penal.[24] A administração da Justiça deixaria de centralizar sua atenção à atividade dos tribunais, passando a reconhecer o pluralismo jurídico[25] como uma via alternativa à sua própria crise.

Essa crise pode ser parcialmente identificada, por exemplo, nas várias alterações que o recurso de agravo de instrumento tem sofrido quando, ao contrário, se deveria pensar na possibilidade de extingui-lo aproveitando-se das experiências dos Juizados Especiais e da Justiça do Trabalho que não o admitem.[26] Esse objetivo encontra, no entanto, no mínimo dois obstáculos sempre recorrentes. O primeiro é o não reconhecimento de que quando o juiz decide o faz com base em critérios discricionários e, se assim é, o recurso não passa da ilusão iluminista de que por seu intermédio poder-se-á chegar à verdade. Quanto mais essa idéia é reforçada, mais enfraquecido se torna o papel daquele que julga. O segundo, expressão do primeiro, é que a manutenção do sistema rico em recursos, confirma o significado burocrático da atividade dos juízes. Nada ao acaso.

Essa é a marca do Poder Judiciário dos países de tradição civil, sucessores modernos do *iudex* romano, reconhecidamente sem poder. Como disse

23. Refiro-me a sistema judiciário em sentido amplo, ou seja, aquele que reconhece o pluralismo jurídico e, desse modo, várias esferas de solução de litígios, jurisdicionais ou não.
24. Abordagem sobre esse tema pode ser encontrada no texto de AZEVEDO, André Gomma de. *O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça restaurativa: Uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal*. Disponível em http://www.undp.org/governance/docs/justice. Acesso em 08.03.2006.
25. Esse pluralismo tanto pode ser encontrado no interior do Poder Judiciário, por meio de experiências inovadoras, como no âmbito da sociedade com suas "formas de arrumação" de conflitos que, muitas vezes, assemelham-se ou tentam obedecer a mesma lógica da jurisdição estatal. Consulte-se: SANTOS, Boaventura Sousa. *Discurso de poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.* 2. Reimp. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 30-33. E como se sabe, o pluralismo gera uma crise de poderes, traçando um caminho pedregoso a ser percorrido entre o que "não é mais e o que não é ainda." Sobre o tema veja-se: DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginatives du droit (III). La refondation des pouvouirs.* Paris: Seuil, 2007, p. 8.
26. Claro, é preciso reconhecer que o sistema agasalha o maior número de possibilidades de impugnar as decisões de primeiro grau na mesma proporção em que desconfia das decisões dos juízes. Trata-se de num problema congênito dos sistemas jurisdicionais dos países de tradição civil. Consulte-se sobre o tema: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença.* Rio de Janeiro: Forense, 2001. Também *Processo e ideologia.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION396 396 4/10/2007 14:39:55

Merryman,[27] "o serviço judicial é uma carreira burocrática, e o juiz é um funcionário..." que, inadvertidamente, está a serviço de uma organização complexa,[28] provocando, como refere Owen Fiss[29] o afastamento do juiz do jurisdicionado, na medida em que a burocratização do Poder Judiciário aumenta a possibilidade de que a sua assinatura não tenha o devido significado e ele esteja exercendo o poder sem se envolver profundamente no diálogo que caracteriza sua atividade e do qual deriva sua autoridade.

Porém, como se pode verificar há alternativas que o próprio sistema apresenta para diminuir ou inibir os pontos de estrangulamento do processo ordinário clássico. Inobstante isso, é como se não existissem. Duas razões básicas podem ser apontadas para justificar tal desconhecimento.

A primeira deve-se ao fato de que tudo o que não faz parte da linguagem hegemônica do processo não é reconhecido como importante sendo simplesmente desprezado. É o caso, por exemplo, no âmbito judicial, das ações coletivas[30] e, no âmbito extrajudicial, das Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho[31] e dos Termos de Ajustamento de Conduta[32] previstos no Estatuto da Criança

27. MERRYMAN, John Henry. *La tradicion jurídica romano-canonica.* México: Fondo de Cultura econômica, 2000, p. 79.
28. Não fossem as conhecidas razões históricas que influenciaram a conformação do Poder Judiciário dos países de tradição civil, foi a complexidade da sociedade industrial que reclamou a formação de organizações complexas, composta de sujeitos anônimos que estivessem a serviço de um aparelho eficaz. Na raiz dessa burocratização repousa a preocupação com a homogeneização, própria da lógica do poder. Com isso, à força de uniformizar, chega-se à apatia social, escondem-se as singularidades, como acontece no processo judicial. Sobre a burocracia veja-se: MAFFESOLI, Michel. *A violência totalitária.* Lisboa: Piaget, 219-306. Não são desprezíveis as recomendações do Banco Mundial para os judiciários dos países de terceiro mundo, sendo a principal delas a previsibilidade das decisões, condição de confiabilidade desse poder. Consulte-se CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Valores e os judiciários. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. *In: Cidadania e Justiça.* Revista da AMB. Ano 7, nº. 13, set/2004, p.17-39.
29. FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.* São Paulo: RT, 2004, p. 165.
30. A razão está em que esse tipo de demanda coloca em questão o perfil individualista de processo, a sua marca moderna e porque implica no repensar do próprio princípio dispositivo. Além disso, reconduz a coisa julgada a um outro lugar que não ao das partes individuais e isoladas, para atingir uma universo bem mais largo de pessoas e entidades. É preciso, no entanto, compreender que esse tipo de demanda responde também à exigência contemporânea da massificação, eliminando, por completo, o sujeito. Pode-se dizer que consistiria no aburguesamento dos despossuídos e da cultura de massas que pode ser traduzia como uma lesão cerebral coletiva causada pela indústria cultural. A massificação, assim, não seria garantia de felicidade. Sobre o tema consulte-se: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 26. Diante desse quadro, faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre elas – as ações coletivas – e as ações individuais.
31. Instituída pela Lei 9958/2000 que inseriu os artigos 625 A a 625 H da CLT, prevendo uma instância paritária prévia ao processo trabalhista em que representantes dos empregadores e dos empregadores têm por função realizar a mediação do conflito trabalhista, a partir da aplicação de técnicas de mediação aproximativas das partes.
32. Está previsto no artigo 5º. § 6º, da Lei da Ação Civil Pública e possui caráter nitidamente preventivo porque na instância extrajudicial tende a prevenir futuros danos e futuros litígios que possuam caráter difuso e coletivo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION397 397 4/10/2007 14:39:55

e do Adolescente e na Lei da Ação Civil Pública. A recusa em aceitar uma diferente linguagem não deve surpreender, porque obedece à lógica das ciências da natureza, que contaminou o próprio Direito, pois, como disse Paolo Rossi,[33] "... se aprendermos os caracteres e os nomes das coisas seremos também instruídos a respeito da *natureza* das coisas." Mais adiante reafirma a cultura ocidental: ".... nomear equivale a conhecer".

A segunda é que não se discute profundamente que as matrizes fundadoras do direito processual e da jurisdição já não são capazes de dar respostas ao crescente processo de juridificação da sociedade contemporânea.[34] O recurso ao processo atinge domínios largos da vida social, como segurança e bem-estar social, dinheiro e mercadorias, cargos públicos, trabalho, lazer, educação, parentesco, meio ambiente, fiscalidade, consumo, entre muitos outros.[35]

Tal primazia bem pode ser denominada de *justicentrisme*.[36] Esse termo pode ser entendido sob duas óticas, ou seja, que não só os indivíduos buscam o juiz como último recurso e último consolador eqüitativo, mas a própria sociedade transfere suas inumeráveis incapacidades às instituições judiciárias.

Há outra cadeia de fatores sociológicos a considerar. Esse cenário tipifica o denominado "direito em abundância" ou a "explosão do direito"[37] que tem gerado muitas perturbações. Em vista disso, acaba-se por ignorar (não desconhecer) que os movimentos e teorias que deram conformação à jurisdição e ao direito processual, desde a segunda metade do século XIX, nasceram num tempo histórico marcado por um outro tipo de complexidade e racionalidade. Sobretudo aquela gerada pelos princípios do nascente Estado industrial que, para firmar-se necessitava de estruturas jurídicas consolidadas e que estivessem a seu serviço.

Assim, três são os pontos de partida para elaborar-se a crítica da Teoria Geral do Processo a partir da sociologia das ausências. O primeiro é que a compre-

33. *O nascimento da ciência moderna na Europa.* Bauru: EDUSC, 2001, p. 344.
34. Trata-se, segundo lembra PRODI, Paolo da onipresença e penetração do direito positivo de forma ostensiva em cada aspecto da vida cotidiana, o próprio suicídio do direito ou, senão, no enrijecimento da vida cotidiana numa regulamentação legislativa e judiciária que se estende a territórios antes pertencentes apenas à moral. É uma justiça que regula tudo e que acompanha os homens até a morte. Padece, pois, da própria agonia uma vez que se tornou incapaz de resolver todos os conflitos da sociedade. *In: Uma história da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 531-532.
35. É justamente desse pluralismo e do papel da Justiça distributiva que fala WALZER, Michael apontando para a falibilidade das propostas que buscam a unidade dessa justiça, uma vez que a igualdade pregada pelas democracias contemporâneas não é apenas formal, mas sim complexa. *In: Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1-5 e p. 21.
36. HAENEL, Hubert. FRISON-ROCHE, Maria-Anne. *Le juge et le politique.* Paris: PUF, 1998, p. 8.
37. Sobre o tema consulte-se: PEDROSO, João. TRINCÃO, Catarina. DIAS, João Paulo. *Por caminhos da reforma da Justiça.* Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 12.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION398 398 4/10/2007 14:39:55

ensão do direito processual não pode se esgotar na compreensão unicamente a partir da tradição civil que tem por modelo o conflito, a ordinariedade e a decidibilidade.[38]

O segundo é que a compreensão do processo se dá a partir de como se compreende a sua relação com o tempo e com o direito material, com vistas à efetivação dos direitos. Não seria preciso demandar muito esforço para constatar que o tempo não é um elemento neutro no processo. Carrega um significado ideológico que pode estar a serviço de variados interesses que podem ser identificados na relação entre o tempo processual que é o dos prazos processuais, os prazos dos juízes e funcionários e o tempo da sociedade em geral. Todas essas dimensões do tempo vivem em tensão, mas é exatamente a questão da duração dos processos que emerge como o foco do dilema entre celeridade e efetividade.[39]

O terceiro conduz ao reconhecimento de que tal como a racionalidade ocidental, o direito processual contrai o presente (ao que conhece), ou seja, a concepção do que seja contração do presente decorre de uma estranha concepção de totalidade. Por isso ignora, no campo da experiência, todas aquelas experiências que não fazem parte do pensamento hegemônico.[40]

É bem possível aplicar-se essa tese ao campo da Teoria Geral do Processo. À medida em que a solução dos litígios se faz hegemonicamente pelas vias processuais clássicas – do processo de conhecimento de rito ordinário –, impõe-se como uma totalidade que enfraquece outras experiências possíveis, seja no âmbito judicial – como o do universo das demandas sumárias e dos Juizados Especiais – quanto no extrajudicial –, como no caso da mediação paraprocessual, em direito de família, da justiça restaurativa no Direito Penal.[41] E impondo-se como

38. Essa tentativa de transcendência, talvez não de superação do modelo, não está restrita ao campo da Teoria Geral do Processo. Pode, todavia, encontrar respaldo nas teorias contemporâneas sobre *interconstitucionalidade* e *interculturalidade* voltadas à compreensão do fenômeno da integração européia. Pela primeira entende-se a necessidade de estabelecer-se relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos entre várias Constituições e de vários poderes no mesmo espaço político. Isso pode ser visto na relação entre o paradigma constitucional fundacional de países como Portugal, França e Alemanha e o paradigma não fundacional do Reino Unido. A segunda é tida como partilha de cultura de idéias e formas de encarar o mundo e os outros. Para isso, a hermenêutica desempenha papel relevante na procura da identificação das identidades nacionais e européia. Sobre o tema consulte-se: CANOTILHO, José J. Gomes. *"Brancosos" e a Interconstitucionaldiade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.* Coimbra: Almedina, 2006, p. 265-277. E na raiz dessas relações está a encessidade de que um sistema jurídico seja capaz de entender a linguagem do outro, o que deriva sobremaneira do trabalho de tradução que a perspectiva comparada impõe. Veja-se: *OST, François. Le droit comme traduction.* Disponível em via eletrônica. Cedido pelo autor.

39. Consulte-se GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: Um estudo sobre a morosidade da Justiça.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 18-19.

40. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma sociologia das ausências…,* op. cit. p. 779.

41. Essas preocupações, como dito em outro lugar, não são exclusividade do sistema judiciário brasileiro. Se é possível falar-se em "duas esferas da Justiça" podem ser lembradas aqui as experiências do sistema

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION399 399 4/10/2007 14:39:55

totalidade, contrai o presente ao que se reconhece como importante e credível, ignorando o pluralismo jurídico.

Como em outros campos das ciências do espírito também no Direito em geral e na Teoria Geral do Processo, em particular, é necessário construir um outro tipo de racionalidade percorrendo um caminho inverso daquele realizado ao longo da modernidade. É preciso expandir o presente.

Para isso faz-se necessário reconhecer a possibilidade de existência de outros *atos de nomeação* ou *performativos*[42] que escapam aos vereditos do juiz e, em certa medida, da violência simbólica legítima perpretada pelo Estado em razão da aplicação da linguagem judiciária e da sua arquitetura também simbólica, espaço sensível que, de certa forma, mantém à distância a indignação moral e os reclamos públicos, como sublinha Antoine Garapon.[43] Tal é o amplo cenário das formas autocompositivas, da mediação e da arbitragem que ocorrem para além das "portas dos Tribunais".[44]

Por que a lógica da negação de experiências diferentes e existentes mantém-se, gerando verdadeiras ausências? Talvez seja preciso reconhecer o peso da marca do processo ordinário tradicional que ocorre *in door* dos Tribunais, que é a sua forma predominantemente escrita. Através dela é que os procedimentos regularizados perpetuam-se e, desse modo, viabilizam a emergência das regras e dos princípios universais, ainda que distantes da realidade do caso concreto.

As formas autocompositivas (ainda que raras), a mediação e em certa medida, a arbitragem, todas as formas de composição extrajudicial de solução de conflitos carregam uma outra marca, a da prevalência da oralidade. Como se sabe, a tradição oral senão impede, dificulta a elaboração científica, na medida em que se prende à experiência singular de um lugar e de um meio. E sendo assim, inverte a tradição escrita e sua lógica da conservação e da normalização.

O mesmo pode ser dito das formas procedimentais que ocorrem no âmbito do Poder Judiciário – como as experiências dos Juizados Especiais que têm na ora-

francês voltadas a resolver o dilema entre justiça tradicional e justiça de mediação. A primeira denominada de "justiça da verdade" e a segunda de "justiça da reconciliação". Nesse sistema as experiências de mediação e de justiça negociada ocupam um lugar marginal e são pouco valorizadas relativamente ao lugar que ocupam no sistema da *common law.* Sobre o tema ver: LARIVIÈRE, Dnial Soulez. DALLE, Hubert. *Notre justice. Lê livre verité de la justice française.* Paris: Éditions Robert Faffont S.A, 2002, p. 306.307.

42. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico, op. cit.* p. 236.
43. *Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário.* Lisboa:Piaget, s/d, p. 310.
44. PEDROSO, João. TRINCÃO, Catarina. DIAS, João Paulo. *Por caminhos da reforma da Justiça, op. cit.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION400 400 4/10/2007 14:39:56

lidade um princípio ou as experiências das tutelas de urgência, que prestigiam a verossimilhança. A pouca atração das primeiras está diretamente associada não só a sua estrutura "pós-burocrática"[45] de solução de conflitos, já que conta com a participação de outros atores além do juiz, mas de igual modo, com a informalidade de seu ritual que relativiza as formas e prioriza o consenso. A desconfiança nas segundas está radicada no peso do valor certeza que, teoricamente, somente a cognição exauriente pode proporcionar. Como o mito de Sísifo, a tensão entre o que é "normal" e o que é "patológico" parece não ter fim ou se o tem, longe está de acabar.

A dificuldade de atribuir valor a esse Judiciário pós-burocrático traz à lembrança a lição de Vittorio Denti[46] quando afirmou que a burocratização da função judiciária atende a "um programa político de racionalização do *modus operandi* dos órgãos judiciários que é um dos aspectos fundamentais do iluminismo."

Nesse contexto, a teoria das ausências consiste na crítica à razão metonímica. Como já afirmado, essa produz inexistências de vários modos. No campo do processo e da solução dos conflitos isso ocorre, quando, por exemplo, ignora a importância fundamental dos meios alternativos de solução de conflitos[47] e da jurisdição sumária. Há vários processos de produção de inexistência. Como afirma Boaventura de Sousa Santos,[48] "há produção de inexistência sempre que uma dada entidade é desqualificada e tornada invisível, ininteligível ou descartável de modo irreversível." Nesse domínio, o que prevalece, na verdade, é o peso da monocultura da racionalidade instrumental que forjou um único modelo de processo e radicou a solução dos conflitos na decidibilidade jurisdicional.

De que modo a sociologia das ausências, que é necessariamente transgressiva, pode auxiliar para que se suplante os modelos processuais impostos pela

45. Sobre isso consultar SALDANHA, Jânia Maria Lopes; GOMES, Joséli Fiorin. *A luta entre Zeus e os Titãs:* um olhar sobre o enfrentamento da morosidade e da inefetividade no processo civil brasileiro a partir do uso e desenvolvimento do Direito Responsivo na experiência do Juizado Especial Cível de Santa Maria – RS. Estudo realizado no ano de 2004 no âmbito da pesquisa intitulada "A experiência do Juizado Especial Cível de Santa Maria: tornando prática o Direito Responsivo e garantindo o Acesso à Justiça", financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS.

46. DENTI, Vittorio. *Un progetto per la giustizia civile.* Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1982. p. 101. Outros autores italianos, como Michele Taruffo, demonstram a preocupação com a eficiência da Justiça arraigada à ordinariedade. O processualista lembra que o controle burocrático da Justiça responde a uma finalidade inerente à estrutura autoritária do Estado e ao ordinário funcionamento da atividade decisória. TARUFFO, Michelli. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo. *In: Rivista di diritto processuale.* Milão, 1974. p. 276 e segs.

47. Pode-se tratar da justiça de proximidade presente em vários sistemas como no francês e no português. Bem funcionando, ela possui a vantagem de permitir não só igualdade de acesso, mas acesso aos mais necessitados. Antes disso, porém, como afirma COMMAILLE, Jacques, tal concepção de Justiça emergida da própria sociedade, permite aos cidadãos participarem dessa obra pública, sob o princípio do espírito público. La déstabilisation dês territoires de justice. *In: Droit et Société.* Números 42/43, 1999, p. 247.

48. *Para uma sociologia das ausências…,* op. cit., p. 787.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION401 401 4/10/2007 14:39:56

Teoria Geral do Processo, tal como são conhecidos? Pode-se tomar de empréstimo duas das cinco "ecologias"[49] criadas por Boaventura de Sousa Santos.

Primeiro, através do que se pode denominar de "ecologia dos saberes" centrando-se na crença de que não há saber geral nem ignorância geral. Assim no âmbito da Teoria Geral do Processo pretende-se superar a monocultura do procedimento ordinário, da certeza e da segurança através do reconhecimento de que outros procedimentos, mais próximos à natureza dos direitos materiais levados à Justiça, são alternativos e tendem a ser mais eficientes como, por exemplo, a jurisdição sumária acima referida.[50]

Segundo, na "ecologia da temporalidade", tem-se a tentativa de transcendência da concepção linear de tempo, única concepção de tempo adotada pela modernidade ocidental e destinada a manter as relações de dominação.

No caso das práticas judiciais através do processo é visível o descompasso entre essa noção linear de tempo que as mesmas impõem e o tempo social onde frutificam e se reproduzem as relações jurídicas conflitantes. As mudanças processuais recentes no Brasil, do que é exemplo a instituição da fase denominada "Cumprimento de sentença"[51] que chegou para substituir a processo de execução *ex intervalo*, reconhecidamente moroso e ineficiente, como dito, são tentativas de superar esse descompasso entre os tempos sociais e os tempos do processo.[52] Esses avatares, no entanto, não passam de medidas vãs para alterar o sistema, uma vez que a mentalidade dos juristas continua congelada na ordinariedade do procedimento.

---

49. Duas delas estão referidas no texto. As demais correspondem à "ecologia dos reconhecimentos" destinada a suplantar a lógica da classificação social; à "ecologia das transn-escalas" que tem por fim destacar tudo aquilo que localmente não é resultado da globalização e; a "ecologia da produtividade" que visa recuperar e valorizar sistemas alternativos de produção. *In: Para uma sociologia das ausências...,* op. cit., p. 790-793. A autora também recorrerá ao paradigma ecológico de que trata a teoria da complexidade de Edgar Morin. Veja-se da vasta obra desse autor: *Ciência com consciência.* 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
50. Sobre o tema consultar BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. O contraditório nas ações sumárias. *In: Da sentença liminar à nulidade da sentença,* op. cit., p. 253-288. Também LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. *Tratado prático compendiário de todas as acções summarias.* T. I. Lisboa: Imprensa Imperial, 1867. De igual forma, consulte-se SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva:* uma tentativa de substancialização do direito processual civil. Tese. Tomo II. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.
51. Sobre o tema consulte-se o teor da Lei 11.232/06. Pode-se desde logo afirmar que as mudanças não foram significativas relativamente ao modelo anterior. Mera mudança de nome e deslocamento espacial de alguns dispositivos legais não são suficientes para mudar o paradigma da jurisdição preferentemente condenatória.
52. É porque o processo apresenta um tempo dominado pelos ritos, um tempo separado, em razão das prescrições processuais, um tempo unido, já que se desenrola até o fim e consiste num tempo impossível de reproduzir e num tempo ordenado, porque impõe de maneira certa a cronologia das intervenções. *In:* GARAPON, Antoine. *Bem julgar,* op. cit., p. 54-64.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION402 402 4/10/2007 14:39:56

Responder a essa ânsia de compreender o futuro pela ótica da linearidade tem uma origem precisa. Pensar "outras temporalidades" para o processo e para a jurisdição pode significar atitude perigosa capaz de pôr em risco os dogmas da certeza e da segurança. Mas essa é apenas uma tentativa de neutralizar o perigo que a própria história (e aqui as transformações do sistema jurídico) carrega naturalmente. A ideologia[53] tem-se encarregado dessa neutralização. É mais ou menos como se costuma encarar o que seja a própria história ou a sua essência: a idéia de progresso como algo já definido previamente, com regras ditadas desde o início. Não haveria lugar para a transformação e criação porque, sob esse ponto de vista, a história limita-se a ser algo idêntico que se desdobra ao longo do tempo.

A idéia de "resíduo" criada por Boaventura de Sousa Santos, ajuda a compreender as exclusões que o sistema processual cria. Isso significa que existem outras experiências de solução de conflitos contemporâneas às da temporalidade dominante – da certeza dos juízos e da busca da verdade –, mas que por não serem reconhecidas como importantes, são jogadas àquela condição. O trabalho da sociologia das ausências é justamente substituir a monocultura do tempo linear, pela ecologia das temporalidades. Qual é o seu âmbito de aplicação no que diz respeito à Teoria Geral do Processo? É justamente mostrar que os sistemas de solução de conflitos são variados e, por isso, apresentam várias temporalidades.

A recuperação das experiências proporcionada pela sociologia das ausências não fica completa sem que se recorra à sociologia das emergências que visa criticar a chamada razão proléptica. É o que segue.

1.2. A Teoria Geral do Processo e a razão proléptica: o recurso à sociologia das emergências

A razão proléptica concebe o futuro linearmente. Por isso o expande, já que projetado para atender a idéia de progresso[54] a qualquer preço. Sendo assim, é irreversível, homogêneo o vazio.[55] Desse ponto de vista, o futuro, por ser abundante,

53. Como se sabe, o termo ideologia tem várias significações. Toma-se aqui a compreensão de CHAUÍ, Marilena, para quem a ideologia não tem história. Essa ausência deve-se ao fato de que a ideologia permanece naquilo que é sempre idêntico. Sendo assim, elimina o que tornaria impossível a sua própria existência, ou seja, a história do real, a percepção de que o social e o político não cessam de instituir-se. *In: Cultura e democracia.* São Paulo: Cortez, 2003, p. 29.
54. O progresso insere-se na idéia de metanarrativa de François Lyotard, compreendida como uma récita totalizante que confere à história um único significado. Assim, o progresso é a metanarrativa iluminista e positivista com maior expressão na atualidade. Veja-se: CANOTILHO, José J. Gomes. *"Brancosos" e interconstitucionalidade...,* op. cit. p. 154. Também em LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna.* 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
55. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma sociologia...,* op. cit. p. 794.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION403 403 4/10/2007 14:39:56

não precisa ser pensado. Não pensado, é tratado com displicência, à moda de Francis Fukuyama,[56] como se a história tivesse chegado ao seu ocaso. Do mesmo modo, a Teoria Geral do Processo, sendo geral, expande o futuro do processo, impedindo que se pensem novas possibilidades.

A sociologia das emergências propõe uma alternativa diferente para tal situação. Trata-se do caminho inverso àquele proposto pela teoria das ausências, mas não menos importante, que é a contração do futuro para torná-lo escasso. Recorre-se aqui à noção de cuidado, pois é ele que dá direção ao futuro.

Antes, porém, é preciso não esquecer que a ordinariedade fez-se a regra no direito processual, por conta das construções teóricas construídas no âmbito da Teoria Geral do Processo. Contudo, o desagrado surgiu e acentuou-se após a segunda metade do século XX, em razão do aumento da complexidade das relações da vida em sociedade, da intensificação da troca de comunicações, de consumo e, com essas, das promessas de implementação dos direitos sociais da cidadania por parte dos Estados Democráticos.

Exasperaram-se as buscas por procedimentos mais eficazes para atender as emergências sociais levadas ao Poder Judiciário. Arremedos de sumarização, na tentativa de ocupar espaços adredemente reservados ao procedimento ordinário, apareceram. Daí foi um passo para a busca da proteção de direitos pela via da cautelarização e da antecipação por meio de medidas antecipatórias de caráter provisório, que são as formas de tutela de urgência em vigor na maioria dos sistemas de tradição civil.

Tal cenário de tolerância construído pelos sistemas jurídicos contra a existência de direitos inoportunos em favor de direitos oportunos não passa de uma tentativa de disciplinar um desequilíbrio que pode envolver todos os tempos – passado, presente e futuro – que englobam um caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário.

No caso brasileiro, isso é possível na atualidade, através das ações cautelares ou das medidas antecipatórias da tutela. Nas mesmas, o olhar menos avisado pode perceber a "revolução copernicana" da jurisdição. Finalmente o ataque à ordinariedade parecia certeiro. Engano. Afinal, se o processo é esse maravilhoso instrumento criado pelo homem para a realização da Justiça, suas instituições seriam mais perfeitas, tanto que eternas,[57] uma vez que não seria

56. *O fim da história e o último homem.* Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rocco: Rio de Janeiro, 1992.
57. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional.* Fornecido gentilmente pelo autor, p. 2.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION404 404 4/10/2007 14:39:56

um produto cultural e, por isso, mutável, como o é o direito material.[58] Essa seria a Justiça estática e tirânica, oposta à Justiça dinâmica de que falou Agnes Heller.[59]

Porém, seja sob a ótica das ações cautelares, seja pela da antecipação da tutela, o que a "comunidade científica" fez foi promover um projeto assimilatório, trazendo-as para o "costumeiro" da ordinariedade. Sem que se desconheça o elemento positivo que elas possuem, essa solução não passou de uma *afinidade eletiva,* que está longe de ser uma relação causal e tampouco é uma relação de *similaridade.*[60]

Ao contrário do que se pensava, não resolveram as mazelas da jurisdição. Por quê? Porque à base dessas demandas repousa a idéia de verossimilhança.[61] E esse é o problema. Acostumada a navegar na certeza, a tradição jurídico-processual sente-se ainda em perigo na verossimilhança que caracteriza os processos urgentes que antecipam futuro.

O que se vê, assim, é o desafio do verossímil ao verdadeiro. No Fedro platônico há uma curiosa alusão acerca do tema, onde consta que "Tísias e Górgias afirmaram que o verossímil merece mais apreço que o verdadeiro." É como se o semelhante ao belo fosse a ele superior.[62] Essa afirmação não é aterradora para quem crê que o processo destina-se a fazer brotar a verdade?

Ora, se esse fenômeno que se chama "tutela de urgência" pode ser visto como o lugar onde a "quarta dimensão do tempo"[63] – a temporalidade – aflora,

58. MITIDIERO, Daniel Francisco quanto ao processo civil, refere que esse ramo do Direito depende dos valores culturais de cada sociedade. Por isso, não s etrata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas sim uma ecolha de natureza política. *In: Elementos para uma teoria contemporânea do Processo Civil Brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13.
59. HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia.* Barcelona: Editorial Crítica, s/d, p. 311-124.
60. Essas idéias são de BAUMAN, Zygmunt, ao referir sobre o processo assimilatório, o que é "comum" pelo que é "estranho", o que muito caracterizou a modernidade, dando origem aos seus próprios coveiros, porque a afinidade eletiva "cria" estruturas que se constituem em violações: impôs suas prioridades, suas próprias irrelevâncias, compele alguns fenômenos à proeminência enquanto outros relega ao esquecimento. *In: Modernidade e ambivalência.* Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 167.
61. A decisão com base na verossimilhança, em geral produto de um juízo mais rápido, pode ser confrontada com a ética. Essa é a preocupação da KAUFMANN, Arthur quando afirma que o discurso ético pode ser compreendido em âmbitos macroéticos. O desafio é entendê-lo quando se recorre à microética, justamente onde exigem-se decisões tomadas de imediato em cujo contexto a situação concreta pode entrar em conflito com regras estabelecidas. Daí diz que há decisões que não podem ser generalizadas. Isso ocorre, por exemplo, quando o juiz é chamado a determinar ou não a internação hospitalar de uma pessoa gravemente ferida que não tenha encontrado vaga no hospital. Veja-se: *La filosofia del derecho em la posmodernidad.* Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 81.
62. Essa idéia é de PLEBE, Armando. EMANUELE, Pietro. *Manual de Retórica.* São Paulo: Martins Fontes,1992. p. 23.
63. Essa expressão é de PÖGGELER, Otto. *A via de pensamento do pensamento de Martin Heidegger.* Tradução: Jorge Telles de Menezes. Lisboa: Piaget, 2001. p. 237. As outras três seriam o passado, o presente e o futuro.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION405 405 4/10/2007 14:39:57

torna-se mais fácil compreender que decidir com base na verossimilhança resulta de um determinado tipo de racionalidade, de coerência e da condição de *ser-no-mundo*.[64] Em outras palavras, quer dizer que as decisões decorrem da singularidade do caso que deve ser analisado em sua contextura, como único, que trouxe a sua mensagem muito antes da compreensão de quem interpreta. E nesse sentido, decidir com base no verossímil não importa numa atitude metafísica que separa sujeito e objeto, mas brota do acontecer da faticidade do caso, que sempre impõe o reconhecimento da diferença ontológica.[65]

Contrariamente a isso, pode-se perceber que o verdadeiro, sem o verossímil, é impotente. Como compreender tal afirmação? Um pouco de metáfora sempre é necessário. Basta lembrar que Ésquilo bem retratou essa "impotência" da verdade na figura de Cassandra no Agamêmnon quando, em vão, aquela personagem procurava convencer os presentes da trágica verdade que aos mesmos parecia inverossímil.[66] É mais ou menos o que ocorre quando no processo o réu oferece defesa abusiva e luta, em vão, para convencer da "sua verdade". O verossímil pode-se dizer, seria a verdade em potência, porque mais próxima do razoável. A verdade, sob esse ponto de vista, seria a adequação do sujeito com a coisa. Ao fim, seria uma questão de método, contrário ao fazer hermenêutico.

Com efeito, na medida em que a linguagem é constitutiva do *ser-no-mundo*, seu valor para o mundo da experiência jurídica é inestimável, uma vez que essa última somente naquela adquire expressão. O *mundo da vida*,[67] nesse quadro, é reproduzido em cada processo pela utilização da linguagem. É ela que aproxima o passado do presente e faz emergir o que é futuro no contexto da temporariedade.

Há sempre um "acontecer" através da sua mediação. A idéia do "razoável" e sua aplicação ao universo jurídico é um componente importante para justificar a mudança dos fundamentos da jurisdição declaratória e plenária.

64. A expressão é de HEIDEGGER, Martin e perpassa toda a sua obra. *In: Ser e Tempo.* 7. ed. V I e II. Petrópolis: Vozes, 2000.
65. Trata-se da diferença que é estabelecida pelas correntes teóricas da filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica, entre ser e ente. Isso significa dizer que é impossível ao intérprete afastar-se do fenômeno da circularidade da compreensão, isto é, a compreensão e explicitação do ser sempre exigirão uma pré-compreensão. Consulte-se: STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica. Ensaios sobre a desconstrução.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
66. PLEBE, Armando. EMANUELE, Pietro. *Manual de retórica.* p. 23.
67. Gadamer lembra que o primeiro a usar essa expressão foi Edmund Husserl, mas com o sentido de recordar os pressupostos que residem, de antemão, em todo o conhecimento científico. GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria.* p. 56. Posteriormente, na mesma obra, Gadamer vale-se da mesma expressão para dizer que esse mundo da vida reconhece-se a si mesmo, distinguindo-se do mundo objetivo da ciência que é determinável pela idéia de conhecimento metódico. *Ibid*. p. 122. No presente trabalho, a expressão tem o sentido mais comum de expressar as experiências concretas dos homens em suas relações.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION406 406 4/10/2007 14:39:57

Assim, se o ponto central da hermenêutica filosófica é a tradição, a qual, frente aos casos particulares, deve ser entendida a cada vez de uma maneira diferente, *compreender é então um caso especial de aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular.*[68] É nesse contexto que a ética aristotélica ganha relevância, porque põe em destaque não o conhecimento geral, mas o significado e a contribuição do saber ético para a situação concreta. De outro modo, isso quer dizer que um saber geral que não se saiba aplicar a uma situação concreta, segundo Gadamer, permanece sem sentido, pelo simples fato de que o saber hermenêutico separa-se daquele saber estático que é próprio do método objetificador das ciências modernas.

Nisso repousa a diferença entre o saber técnico-científico e o saber ético que pode ser ligado à própria idéia da Justiça. O primeiro pode ser apreendido e esquecido. O segundo não, pois não se defronta com ele de modo que pode ser apreendido ou esquecido. O homem encontra-se, sob esse ponto de vista, sempre numa situação de quem tem que atuar. Aqui está o problema central da aplicação como algo problemático, porque deriva sempre de algo que já se conhece previamente.

Sob esse ponto de vista, a tarefa da jurisdição de aplicar a lei sempre colocará o intérprete numa situação de fazer concessões a ela, procurando a melhor solução para o caso, considerando a sua singularidade. E o fará, segundo afirma Lenio Streck,[69] por meio dos princípios, os quais têm a potencialidade de sustentar a tese das "respostas adequadas" ao caso concreto. É que o saber ético, a que está vinculada a idéia de justiça[70] requer, incontornavelmente, o *buscar conselho consigo próprio,*[71]ou seja*,* com as próprias *pré-compreensões.* A isso está ligada a noção de experiência que traz em si a idéia de que o intérprete não deve ignorar a si mesmo e tampouco a situação hermenêutica concreta em que se encontra para que a compreensão se realize.

No campo de atuação da jurisdição, portanto, o pensar aristotélico, muito antes do movimento racionalista do início da modernidade, já apontava para a distinção entre a razão do racional e a razão do humano, do *razoável.* A primeira aplicável aos problemas matemáticos. A segunda, aos problemas práticos humanos, em cujo universo, por exemplo, o jurista está sempre inserido, inspirando-o

68. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método,* 3.ed. São Paulo: Vozes, 1999, p. 465.
69. *Verdade e Consenso,* op. cit., p. 145.
70. *Ética e Nicômaco,* 3.ed, Brasília: UnB, 2001, p. 101.
71. *Id. Ibid*. p. 477.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION407 407 4/10/2007 14:39:57

a exercitar a virtude da prudência.[72] Aristóteles percebeu-a como um hábito prático que se refere aos bens humanos sobre os quais se pode deliberar, evitando cair no dualismo do certo ou errado, do justo ou injusto, mas do conveniente ante a coisa mesma, a qual deriva da própria noção de cuidado, como o "ser" que se desvela na temporalidade e na faticidade.

Aqui é hora de volver-se à noção de cuidado apontado pela sociologia das emergências. A ligação entre a idéia de decidir-se com base no "razoável", informado pela "prudência" de que falou Aristóteles, mantém uma ligação incontornável com o sentido ontológico-existencial de *cuidado* que deriva da condição de *ser-no-mundo* e de *ser-junto* aos outros, mas também significa o voltar-se para o que é próprio, dentro de uma liberdade que permite a esse "próprio" relacionar-se com suas possibilidades.[73]

A "lógica do razoável"[74] aplicada ao campo jurídico e inspirada na *dialética* aristotélica aproxima-se da *coisa-mesma* quando afirma que o pensamento jurídico deve voltar-se ao *pensamento problemático,* renunciando ao pensamento sistemático. Nesse sentido, ao analisar o caso concreto, o juiz pode, em causa sumária materialmente, tomar decisões sumárias e verossímeis, como anteriormente abordado, porque sua legitimidade para tal estradula os "dados doutrinários" prontos e acabados, familiares ao pensamento sistemático.

Sendo possível alinhar-se à noção de coisa mesma a de "razoável", no sentido de tomar decisões convenientes, entre várias possibilidades, há um rompimento com a idéia de que, segundo as implicações de um sistema, o resultado dogmático, obtido conforme esse sistema deve ser justo e, para ser justo, apenas um resultado deve ser encontrado. Na verdade, a esse senso, o pensamento problemático a que se liga a noção de "razoável" é um pensamento e uma conduta operativos. Ao invés de render-se aos conceitos, aos critérios superiores e a regras congeladas, faz da linguagem a condição de possibilidade para fugir das

72. *Id. Ibidem,* p. 115-127. Foi justamente na Ética a Nicômaco que Aristóteles traçou a diferença entre ciência e prudência. RECASÉNS SICHES, Luis. Refere, a propósito da posição aristotélica acerca do silogismo, que, ao contrário do que muitos seguidores do filósofo anunciam, Aristóteles colocou o silogismo, dentro do reino da razão, numa posição secundária. *In: Experiência jurídica, naturaleza de la cosa y lógica do "razonable".* p. 345.

73. A noção de cuidado foi trabalhada por Heidegger que se utilizou da Alegoria da Cura de Higino, do século V, para demonstrar o seu caráter pré-ontológico, como o que pertence ao homem enquanto viver. *In:* HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo,* T. I. p. 255-265.

74. Construída no âmbito da hermenêutica jurídica, inspirada na dialética aristotélica, tem como principais expoentes VIEWEG, Theodor. *In: Tópica y jurisprudenza.* RECASÉNS SICHES, Luis. *In: Experiência jurídica, naturaleza de la cosa y lógica del "razonable"* e PERELMAN, Chäim. *In: Tratado da argumentação. A nova retórica.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. *Lógica jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION408 408 4/10/2007 14:39:57

estreitezas dos hábitos e das crenças, para pensar de modo pragmático voltado à *fattispecie* e à dialética.[75]

Assim que, se de um lado, para a hermenêutica jurídica, a prudência humana ensina a ponderar os componentes de cada situação, contribuindo para que seja encontrada a solução adequada para os problemas jurídicos, por outro, encontra-se com a hermenêutica filosófica na noção de *coisa-mesma*, porque esse acontecer se dá apenas no universo da linguagem. Sob o olhar da hermenêutica jurídica, a dialética não se dá fora da linguagem. E encontrar a resposta mais conveniente é resultado desse processo de compreender.

Retorna-se a Vico[76] para dizer que essa percepção ele a tivera quando, sem desdenhar do método cartesiano, apontou-lhe as vantagens da precisão e da exatidão. Porém, duas desvantagens foram salientadas pelo filósofo, importantes, sobretudo, para o conhecimento das ciências do espírito. A primeira, pela perda ou diminuição da visão *prudente* (e do cuidado) que legou uma certa atrofia da fantasia e da potencialidade criadora. A segunda, pelo empobrecimento da linguagem. Enfim, uma falta de maturidade para os assuntos humanos, descolados que foram do ser para reduzirem-se apenas aos entes.[77]

Tal como na fenomenologia hermenêutica, o *logos do razoável* da hermenêutica jurídica fala a mesma "fala", porque ambos referem-se aos problemas humanos, portanto, ao político e ao jurídico. Nesse viés, busca-se compreender sentidos e nexos entre a significação das *coisas-mesmas*. A jurisdição ordinária não tem levado isso em conta. Ignora ser a realidade da vida humana, especialmente a social, sempre concreta e particular.[78] Por essa razão é que uma lei ou um procedimento abstrato jamais cobram plenitude de sentido. Antes, devem ter relação com fatos e fatos efetivos, enfim, com a *coisa-mesma*. Nesse campo não

75. Essas considerações podem ser avistadas em ESSER, Josef *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto.* Tradução: Salvattore Patti. Giuseppe Zaccaria. S/l: Università di Camerino, 1983, p. 150-155.

76. VICO, Giambattista. *A ciência nova.* Tradução: Marco Lucchesi. Rio de Janeiro: Record, 1999. Nessa obra, Vico mostra que o homem faz, sofre e não se aparta da história. Para conhecê-la é preciso conhecer o homem dentro desse mundo cultural, sua linguagem e seus mitos. Essa posição de Vico não combinava com as bases lógicas da ciência trabalhadas por Descartes, seu contemporâneo.

77. O pensamento de Vico é abordado por RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiência jurídica, naturaleza de la cosa y lógica do "razonable,* México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 362.

78. Daí a dificuldade em aceitar o artigo 285-A do CPC, inserido por intermédio da Lei 11277/06, que trata da sentença liminar de improcedência. O dispositivo, além de violar vários princípios constitucionais do processo, mantém a separação entre fato e direito e envolve numa camisa de força o sentido do que seja "caso idêntico" referido no dispositivo. Do mesmo modo deve ser compreendida outra regra inserida no CPC por meio da Lei 12.276/06 que trata da chamada "súmula impeditiva de recurso", na medida em que prende os fatos a um texto pré-dado e vinculante, que é a súmula. Veja-se a crítica sobre o tema em STRECK, Lenio. *Verdade e consenso, op. cit., p. 160-161.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION409 409 4/10/2007 14:39:58

se deve desconhecer a diferença ontológica, uma vez que uma situação é deduzir de uma lei o caso concreto, entificando o ser, outra, é entender o direito como um processo de aplicação, no que estaria refletido ser a aplicação sempre hermenêutica, na medida em que o ser sempre é *ser-em*.[79]

Finalmente, o fracasso da apreensão do humano pelas ciências exatas deu lugar ao apoderamento do que é humano em todas as suas dimensões. Por isso que o homem *não é natureza,* ele *tem natureza.*[80] Do mesmo modo, foi o que disse Heidegger, ao aludir que o homem não é *um-ser-do-mundo,* antes, é um *ser-no-mundo,* por isso, tem mundo. Assim, é possível afirmar-se que a existência humana é um fazer-se a si própria, porque o homem está inserido em sua própria circunstância, em seu contorno.[81] Mostra-se engajado no mundo não de modo fixo mas em movimento. Insere-se numa margem ou espaço com folga que permite ir decidindo-se por si, com base num repertório plural de possibilidades, como é próprio da consciência histórica e de quem está inserido numa tradição e tem consciência do fenômeno do velamento/desvelamento a que todo *ser-no-mundo* está reduzido.

Mudar os rumos da atividade da jurisdição ou até mesmo transpor seu modelo implica dar-se conta de que sobretudo os direitos materiais envolvidos têm importância para a tomada de decisões. Sem dúvida a adoção dessa maneira de pensá-la impõe o surgimento de uma nova dialética capaz de proporcionar soluções satisfatórias, mantendo o sistema processual coerente, porém mais aberto.[82]

Por tudo isso, a noção de cuidado é oportuna e justifica a desconstrução da razão metonímica. Ao invés de pertencer ao passado, a noção de cuidado faz com que seja um fator de ampliação do presente. Por outras vias, a noção de cuidado estabelecida por Boaventura de Sousa Santos,[83] busca atingir a mesma finalidade, que é reconhecer-se no futuro possibilidades plurais e concretas, partindo-se da noção do "ainda não". É o modo como o futuro se inscreve no presente e o dilata. O ainda-não é a consciência antecipatória, a capacidade (potência) e possibilidade (potencialidade) que marca a noção de futuro. Não um futuro incerto,

79. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica.* Uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 213.
80. *Ibid.,* p. 523.
81. Consulte-se também: SICHES, Luis Recasens. *Nueva filosofia de la interpretacion del derecho.* México: Editorial Porrúa, 1980. p. 277-279.
82. A análise da obra de Theodor Viehweg contribui, decisivamente para que seja possível incursionar pelos modelos jurídicos da tradição civil e costumeira, a fim de perceber a forte influência da filosofia racionalista ao Direito Processual Civil. *In: Tópica y jurisprudência.*
83. *Para uma sociologia das ausências e das....,* op. cit., p, 796-798.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION410 410 4/10/2007 14:39:58

mas futuro construído.[84] É nesse ponto que a sociologia das emergências atua, ou seja, tanto sobre as possibilidades (potencialidade), quanto sobre as capacidades (potência).

Assim, a axiologia do progresso que marca a cultura contemporânea é substituída pela axiologia do cuidado.[85]

Por outro lado, a compreensão de dilatação do futuro que resulta da compreensão linear do tempo, faz com que seja pensado indefinidamente. Nesse caso, ainda que possa haver expectativas, não são consideradas com cuidado. Essa falta pode ser identificada, no campo do direito processual, na exata medida em que às reformas do Código de Processo Civil não acompanha uma reforma de pensamento.

Pode-se afirmar, correndo-se o risco de errar, que isso se deve, em muito à incapacidade de tratar as questões sob a ótica de previsibilidade e da imprevisibilidade na vida social. Tal preocupação possui uma relação direta com o que se tratou na primeira parte, que é o *status de* generalização que caracteriza o direito processual. O paradoxo é inafastável. Como disse Alasdair MacIntyre,[86] é o grau de previsibilidade que as estruturas sociais possuem que permite planejar projetos a longo prazo. Porém, não é possível olvidar que é justamente a imprevisibilidade persistente na vida humana que torna os projetos humanos frágeis e vulneráveis. Qualquer espécie de projeto totalitário sempre produzirá um tipo de rigidez e ineficácia que, a longo prazo, será motivo de seu próprio fracasso.

Nesse sentido, Maquiavel[87] é atual. Ao tratar do conceito de *Fortuna* explicou que mesmo frente a um conjunto possível de generalizações, um contra-exemplo imprevisível pode derrotá-las. No campo das possibilidades variadas para que se construa um outro tipo de paradigma de solução de conflitos, a idéia de *Fortuna* é bem-vinda. Ora, é justamente por meio do aprimoramento de conhecimentos e práticas que será possível limitar a sua soberania, já que é a deusa da imprevisibilidade. Limitá-la. Não derrotá-la.

---

84. Segundo GIANNETTI, Eduardo a arte de prefigurar o futuro, de antecipar-se ao que está prestes a acontecer e agir com base nisso é parte do repertório comportamental de qualquer ser humano. No entanto, esse refere sobre o que denomina de anomalias temporais: a miopia e a hipermetropia. Na primeira, tal como na razão proléptica, há uma subestimação do futuro. Na segunda, tal como na razão metonímica, há uma subestimação do presente. O desafio é ajustar o foco intertemporal a fim de dar conta da complexidade do presente e das antecipações de futuro. *O valor do amanhã.* São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 170-192.
85. Ibid., p. 797.
86. *Depois da virtude.* Bauru: EDUSC, 2001, p. 180.
87. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe.* Capítulo XXV. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 143-146.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION411 411 4/10/2007 14:39:58

Assim, é induvidoso que a Teoria Geral do Processo incita ao pecado da razão proléptica, pois expande o futuro ao admitir várias formas de tutela de urgência. No entanto, as trata sem cuidado na exata medida em que não prepara o jurista para desvencilhar-se do peso da ordinariedade e para construir saberes acerca da tutela preventiva. O futuro, carregado de capacidades (potências) e possibilidades (potencialidade) resta limitado às pré-compreensões da ordinariedade. Contrair o futuro não significa limitar a capacidade e a potência, mas dar qualidade a elas, que só a noção de cuidado possibilita. Nesse sentido, vale lembrar a lição de Immanuel Wallerstein[88] quando ao tratar da mística separação entre a verdade e o bem, imposta pela cultura ocidental, refere que as probabilidades dos vários futuros que o homem pode ter são construídos no interior das próprias estruturas sociais que limitam seu agir.

É preciso construir um outro tipo de paradigma que contraia o futuro. A teoria geral não tem sido capaz de desincumbir-se dessa tarefa. Tal trabalho pode estar reservado à teoria da tradução que será tratada a seguir.

PARTE II

DA TEORIA GERAL DO PROCESSO À TEORIA DA TRADUÇÃO

O campo do domínio da Justiça e, portanto, de todo o instrumental teórico-prático que viabiliza o funcionamento da mesma, aqui se inserindo a Teoria Geral do Processo, é um dos mais profícuos para a aplicação da teoria das ausências e das emergências, porque proporciona experiências entre conhecimentos.

Se há uma pluralidade e diversidade de conflitos que exigem solução para reduzir a própria complexidade da tecitura social, a Teoria Geral do Processo é insuficiente, porque impõe um modelo de processo que não tem dado conta da riqueza das experiências e não tem pensado o futuro. O que ocuparia o lugar da teoria geral? Mais uma vez toma-se de empréstimo a idéia de Boaventura de Sousa Santos quando alude que o lugar seria ocupado pelo que denomina de Teoria da Tradução.[89] Essa seria um tipo de procedimento capaz de criar inteligibilidade mútua entre as várias experiências sociais, ou seja, entre as experiências disponíveis e as que são possíveis.

O trabalho de tradução ensina que por mais experiências que a sociedade tenha vivenciado e que vivencie na atualidade, nenhuma delas pode ter a pretensão de totalidade. A monocultura do saber imposta pelo paradigma de conhecimento

88. *O fim do mundo como o concebemos. Ciência para o século XXI.* Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 229.
89. *Para uma teoria das ausências...,* op. cit., p. 779.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION412 412 4/10/2007 14:39:58

ocidental não resiste à pluralidade de saberes que a complexidade da vida é capaz de criar.

No campo do direito processual e da jurisdição a inteligibilidade recíproca entre experiências disponíveis pode decorrer, no âmbito interno ou do direito nacional, das experiências jurisdicionais inovadoras tendentes a simplificar o processo, dar mais poderes aos juízes, como também o contrário, provocar a divisão desse poder com outros atores, não menos importantes. Ainda no âmbito interno, as experiências disponíveis podem ser encontradas nos espaços de solução de conflitos presentes no interior da sociedade civil. [90]

Por outro lado, no âmbito externo ou do direito comparado, sobretudo as experiências do *common law* podem servir de inspiração para a criação de outros institutos jurídico-processuais mais consentâneos com a massificação dos direitos e com a sua constitucionalização.

No que pertine à crítica à Teoria Geral do Processo, imposta como saber hegemônico, o desafio é duplo. Primeiro, é preciso identificar o quanto o modelo ordinário de Jurisdição e de processo, herdados da época tardia do direito romano ainda se mantém como paradigmas. Tal tarefa seria destinada ao trabalho de desconstrução. Segundo, o trabalho seria conduzido a identificar e reinventar práticas jurisdicionais que têm dado certo, mas que não são valorizadas. Esse seria um trabalho de reconstrução.[91] O desafio da Teoria da Tradução seria encontrar no entrechoque entre a desconstrução e a (re)construção a hegemonia de uma sobre a outra para então sim buscar a harmonização entre elas.

O trabalho de tradução, assim, para ser mais eficaz deverá incidir tanto sobre saberes já existentes quanto sobre práticas. É o que segue.

2.1. Pensando um novo processo: a hermenêutica diatópica e as zonas de contato. Outras experiências possíveis

Na visão de Boaventura de Sousa Santos,[92] a hermenêutica diatópica é um procedimento hermenêutico que tem por fim possibilitar o diálogo entre diferentes culturas, partindo-se do princípio de que cada uma caracteriza-se por possuir uma constelação de *topoi* fortes, que são os lugares comuns mais abrangentes no

90. Veja-se SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o poder.* Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2. Reimp. Porto Alegre: Safe, 1988.
91. Essa dicotomia, construída pela lógica da oposição pode ser encontrada em tese de minha autoria, em que analiso a construção, desconstrução e reconstrução da jurisdição no mundo ocidental. *In: O desvelar (alethéia) da sumariedade...*
92. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *In: Reconhecer para libertar.* Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 427-458.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION413 413 4/10/2007 14:39:58

interior de cada uma delas, funcionando como premissas de argumentação. Mas é no interior de outra cultura que esses mesmos *topoi*, quando usados, tornam–se vulneráveis. A hermenêutica diatópica funcionaria como facilitadora do diálogo entre esses diferentes sistemas, ainda que não se perca de vista que compreender uma cultura a partir dos *topoi* de outra é tarefa difícil.

A grande lição da hermenêutica diatópica é que os *topoi* de uma cultura são tão incompletos quanto ela própria. Assim, o objetivo da hermenêutica diatópica não é atingir a completude mas ampliar a sua consciência de incompletude por intermédio de um diálogo.

No campo do direito processual a pergunta mais significativa é: Quais são os pontos frágeis e as barreiras do direito processual pátrio e quais são as fragilidades e obstáculos de outros sistemas processuais? Será que o sistema processual brasileiro tem a ensinar para outros sistemas? E esses, preferencialmente os do mundo ocidental, o que tem a ensinar?

Desse modo, o reconhecimento das incompletudes é condição *sine que non* de um diálogo intercultural e porque não, interprocessual. Por isso que a hermenêutica diatópica desenvolve-se tanto na identificação do local quanto na inteligibilidade translocal das incompletudes. Dada essa dimensão, é um trabalho que não pode ser levado a cabo apenas por uma cultura ou por uma pessoa. Faz-se necessário uma atitude coletiva de abertura a esse pensamento.

No caso da jurisdição impõe-se aos juristas uma nova postura diante de seu *métier,* o que requer um tipo de conhecimento diferente e também um diferente processo de criação do conhecimento. Exige uma produção de conhecimento coletiva, participativa e intersubjetiva, uma produção baseada em trocas cognitivas que avancem por intermédio da reciprocidade entre elas. Privilegia o conhecimento emancipação em detrimento do conhecimento regulação.[93]

Desse modo, sob o ponto de vista do direito nacional, nesse trabalho optou-se por analisar experiências jurisdicionais de outros campos que não da justiça cível comum, para verificar quais são seus *topoi* fortes e o que aquela tem a aprender com esses. É o caso, por exemplo, do processo do trabalho, caracterizado por um conjunto de princípios mais afeitos à realidade contemporânea e às exigências da natureza do direito material envolvido, em geral, de caráter alimentar. Veja-e o caso dos processos de rito sumário em que há a prevalência da oralidade, da concentração dos atos, da irrecorribilidade das interlocutórias e da execução da sentença condenatória por impulso oficial. Todos esses princípios,

93. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e de outro,* p. 16-17. Diponível em http://www.ces.uc.pt. Acesso em 15 de junho de 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION414 414 4/10/2007 14:39:59

somados, resultam em maior efetividade da jurisdição, acesso qualificado à Justiça e desnaturam a sua concepção clássica, fundada nos princípios da linguagem escrita, da separação do processo em fases, da recorribilidade das interlocutórias e, até a recente edição da Lei 11.232/06, na execução *ex intervalo* da sentença condenatória, tudo conspirando para a inefetividade dos direitos.

Do mesmo modo, no âmbito da justiça comum, as experiências dos Juizados Especiais Cíveis criados pela Lei 9099/95, como anteriormente referido, inauguraram no Brasil uma nova fase na prestação da jurisdição em favor do maior e mais facilitado acesso à Justiça. Isso ocorre não só porque informado por um tipo especial de principiologia, como a informalidade dos atos, a oralidade, a celeridade, a irrecorribilidade das interlocutórias e a conciliação,[94] mas porque possibilita a construção de um Judiciário pós-burocrático.

Esse modelo acolhe outros sujeitos, não pertencentes aos quadros da Jurisdição, que têm por atribuição também solucionar os litígios, cumprindo, pois, a promessa de democratização da própria Justiça através do comprometimento da sociedade que dela participa não só como parte, mas como sujeito. Tais sujeitos são oriundos do próprio meio onde os litígios acontecem, podendo ser simples cidadãos, advogados ou até mesmo estudantes de Direito, os quais exercem atividades marcadamente conciliatórias, colocando sob interrogação o modelo de solução de conflitos baseado exclusivamente na decidibilidade.[95] Trata-se do que se pode denominar de expansão da jurisdição.

O modelo ordinário de jurisdição, sempre compreendido a partir dos quatro pilares básicos tradicionalmente tratados pela Teoria Geral do Processo – jurisdição, ação, processo e defesa – muito tem a aprender com essas experiências relativamente novas mas já consolidadas. Afinal, se no varejo das formas alternativas de solução dos conflitos ainda há muito a ser construído, é no atacado da jurisdição tradicional que as coisas precisam mudar.

---

94. Resultado recente de pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça e pelo Centro de Estudos e Pesquisas Judiciais-CEBEPEJ informa que a grande maioria das ações de competência dos JECs são pessoas físicas e relacionam-se à matéria ligada ao direito do consumidor. A mesma pesquisa mostra que em 34,5% das ações nos locais pesquisados – nove capitais brasileiras – o processo termina pela via conciliatória o que, segundo os pesquisadores, ainda representa um índice aquém do esperado. Esse baixo índice, ainda segundo a pesquisa, pode ser associado à seleção dos conciliadores, juízes leigos e árbitros, à necessidade de melhor treiná-los, qualificá-los e aperfeiçoá-los para o exercício das atividades conciliatórias. No âmbito dos recursos o índice também é baixo, representando 31,2%, o que demonstra confiança nas decisões dos juízes. *Juizados especiais cíveis – estudo.* Disponível em http://www.mj.gov.br/notícias/Diagnóstico, p. 9. Acesso em 27 de maio de 2006.

95. A decidibilidade pode ser tomada como um cânone jurídico, um reservatório de autoridade que garante, como um banco central, a autoridade dos atos jurídicos singulares. Veja-se: BOURDIEAU, Pierre. *O poder simbólico...,* op. cit. p. 219.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION415 415 4/10/2007 14:39:59

A jurisdição, vista como espaço de solução de controvérsias, de tutela de direitos subjetivos e objetivos, durante largo tempo não passou de uma abstração nas mãos dos processualistas que a levaram até o alto do Olimpo. Olvidaram que em essência resume-se à atividade do juiz com um sentido profundamente prático. O mesmo ocorreu com a abstração a que foi elevada a ação processual quando não passa da atividade concreta das partes. Esse afastamento da realidade tem feito os próprios processualistas pagarem um alto preço, sobretudo com as definições abstratas de processo, instituição que é a verdadeira pedra de Sísifo, porque está sempre a recomeçar.[96]

O caso brasileiro oferece possibilidade de aprendizado e de trocas cognitivas no âmbito da jurisdição, ainda que, como Poder do Estado, deva ser vista como uma unidade. Inobstante isso, não é possível ignorar que a própria Constituição Federal estabelece sua divisão e define as competências de cada uma. Desse modo, as exigências da natureza dos conflitos levados a juízo forjaram a construção de *topoi* diferenciados para algumas. Justamente nesse ponto inicia a possibilidade de trocas cognitivas para que, por exemplo, a jurisdição comum ordinária aprenda com os *topoi* da Justiça do Trabalho e com os dos Juizados Especiais Cíveis.[97] Mas o que esses tem a aprender com a jurisdição ordinária, taxada de morosa e ineficiente?

A têmpera, em âmbito interno, é saber identificar em que medida essas trocas cognitivas podem ocorrer no âmbito da Jurisdição. Essa é a tarefa do Trabalho de Tradução que possibilita identificar, por exemplo, o quanto os princípios da segurança e da certeza jurídica ainda podem servir de fiel da balança no momento da solução de determinado conflito.

Por outro lado, o caso brasileiro não oferece modelos variados de meios de solução de conflitos fora do Poder Judiciário, o que se deve à crença cultural de que as decisões desse Poder são as únicas confiáveis. Não se trata aqui de uma crítica, mas sim da confirmação das características da própria sociedade que vê na pessoa do juiz a encarnação do próprio Estado, único que, historicamente, tomou a si o monopólio da solução dos conflitos.

Pode ser lembrado, porém, o caso dos Compromissos de Ajustamento (CA) previstos no artigo 5º, parágrafo 6º da Lei da Ação Civil Pública, através dos quais o Ministério Público ou os demais legitimados para a propositura da ação

96. Essa idéia é de MÉNDEZ, Francisco Ramos. El mito de Sísifo y la ciência procesal..., op. cit. p. 17.
97. No Senado Federal brasileiro tramitam vários projetos de lei que submetem a solução judicial de inúmeras matérias à competência e procedimento do Juizado Especial criado pela Lei 9099/95.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION416 416 4/10/2007 14:39:59

civil pública, em momento pré-judicial, têm competência para resolver conflitos de massa que dizem respeito à toda a sociedade ou a uma categoria ou grupo.[98] Trata-se de uma instância de resolução de conflito, fora do Poder Judiciário, como também é o caso das Comissões de Conciliação Prévia que atuam no âmbito trabalhista, com natureza paritária.[99]

Todas essas considerações podem ser pensadas a partir da superação da Teoria Geral pela Teoria da Tradução.

2.2. A construção de uma teoria da tradução para a Justiça

Questionada a hegemonia da Teoria Geral do Processo pela possibilidade de compreender que sua pretensão à totalidade esbarra em um mundo em que as "totalidades" não passam de partes de outras totalidades, a Teoria da Tradução possui a tarefa de complementar as funções da sociologia das ausências e das emergências num processo em que compreender, como disse Wallerstein, é muito mais complexo do que apregoado tradicionalmente pela epistemologia dominante.[100]

Se a busca da uniformidade na perspectiva teórica pode significar uma comodidade, na vida prática pode implicar em inúmeros desacertos. A Jurisdição e o direito processual devem ser compreendidos naquilo que de múltiplo têm, requestionando o dogma da verdade como o seu fim último para dar lugar à verossimilhança e à aparência.[101] É o trágico[102] ocupando o lugar que sempre foi ocupado pela visão romântica da Justiça como sendo o baluarte da última e certa resposta que poria fim ao litígio humano.[103] Claro, essa não é uma tarefa simples

98. Afinando-se com as reivindicações sociais que expressam o exercício dos direitos humanos de terceira geração relativos aos direitos coletivos em sentido largo.
99. A preocupação com a resolução dos conflitos pela via do consenso também pode ser verificada junto ao TRT da 4ª Região que desde o ano de 2003, em razão do teor da Portaria nº. 386, possibilita a conciliação no âmbito do segundo grau. Disponível em: http://trt4.gov.br/. Acesso em 27 de maio de 2006.
100. WALLERSTEIN, Immanuel. *Como concebemos o fim do mundo. Ciência para o século XXI,* op. cit., p. 227.
101. Sobre o tema consulte-se: SALDANHA, Jânia Maria Lopes, SZINWELSKI, Fábio João. GOMES, Joséli Fiorin. LISBOA, Ramon. Direito, processo e uma proposta de (novo) compromisso com a filosofia. *In:* SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Hermenêutica e argumentação. Em busca da realização do Direito.* Ijuí: Editora UNIJUI, 2003, p. 289-303.
102. MAFFESSOLI, Michel analisa o papel do trágico nas pós-modernidade para dizer que na origem dos diversos totalitarismos que caracterizaram a modernidade há uma paranóia retratada num tipo de racionalismo mórbido que procura uma explicação última e que rejeita tudo o que a ela não se submete. Para suplantar esse "fio vermelho" do racionalismo, vê uma relação estreita entre o trágico e a aparência, em que o papel da última é fazer a ligação entre profundidade e superfície, constituindo-se, assim, na dupla face das palavras, das pessoas e das coisas. *In: O eterno instante. O retorno do trágico nas sociedades pós-modernas.* Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p. 112-117.
103. Crítica que tem sido incansavelmente feita por Ovídio Baptista da Sillva. Lembra o autor que no processo,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION417 417 4/10/2007 14:39:59

na medida em que a própria vida em sociedade tem sido construída em nome da uniformidade. É o que se entende na atualidade por "identidade", justamente porque consiste na aceitação de alguma coisa determinada, modulada. Somente nos momentos da "fundação" é que emerge o pluralismo de possibilidades e a efervescência de experiências, como lembra Michel Maffesoli.[104]

A construção de uma Teoria da Tradução para o direito processual e para a Jurisdição não consiste numa tarefa fácil, porque implica em identificar os pontos frágeis da jurisdição ordinária como também seus pontos fortes e no que esses últimos se identificam com formas alternativas de solução de conflitos. Será uma tarefa que talvez não encontre seu final, por ter a característica da mutabilidade e da adequação às exigências que a natureza dos conflitos, sempre renovados, impõe. É que a amplitude dos desafios contrasta com o arcaísmo dos meios da Justiça. Não os meios materiais, mas o próprio processo, sobretudo porque encerra num espaço de tempo e de lugar a decisão sobre determinada matéria sempre cercada de algumas garantias. Esse "lugar de encontro", com sua fatia significativa de ampla defesa e contraditório, não deixa de zombar dos dramas sociais complexos levados a julgamento no século em que se vive.[105]

Algumas questões de ordem prática são inescapáveis para que se perceba a necessidade de questionar a Teoria Geral do Processo como ramo do direito a serviço da unificação do pensamento e de uma única compreensão do processo e da jurisdição e para que seja possível tentar-se construir uma Teoria da Tradução para o processo.

A primeira questão é *o que* pode ser objeto de tradução? Boaventura de Sousa Santos[106]leciona que o conceito de *zona de contato* pode dar a resposta pelo fato de que é possível entendê-la como aquela em que diferentes teorias, práticas e experiências se encontram e se chocam. Seria, no âmbito das ciências sociais, a *zona de contato cosmopolita*, ou seja, aquela que parte do princípio de que cada saber ou prática deve decidir o que coloca em contato com outros saberes e práticas, a fim de identificar o que há de comum ou para ser aprendido entre eles.

Que os processualistas teriam a dizer diante disso? O melhor talvez seja verificar o que está ausente na jurisdição comum. Tome-se, por exemplo, o caso

---

ao invés da preocupação estar voltada para a quimárica "vontade da lei" ou apenas com a verdade dos fatos, deve sim voltar-se para seu significada, já que essa é a marca dos saberes que dependem da linguagem. Consulte-se: Verdade e significado. *In:* ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 265-281. – o grifo é do autor.

104. *O tempo das tribos,* op. cit. p. 117.
105. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas. Justiça e democracia.* Lisboa:Piaget, 170
106. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências,* op. cit. p. 808-809.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION418 418 4/10/2007 14:39:59

da oralidade. Há sim a previsão da prática da oralidade nessa jurisdição, seja pela possibilidade de realização da audiência preliminar, de debates orais, pela autorização de interposição de recurso de agravo retido oral ou, finalmente, pela autorização de que o juiz tente a conciliação a qualquer tempo do processo. Esse é ponto de contato com as práticas conciliatórias dos Juizados Especiais Cíveis, bem como com as práticas orais dos Termos de Ajustamento e das Comissões de Conciliação Prévias.

É uma *zona de contato* que não é relevante no contexto do processo comum, porque esse renega as opiniões que a oralidade carrega e porque somente acredita, platonicamente, em padrões absolutos de conduta nos assuntos humanos.[107] Porém, a oralidade trata-se de um princípio nos Juizados Especiais e uma condição *sine qua non* para o sucesso do Termo de Ajustamento e para o resultado da atuação das Comissões de Conciliações Prévias. Mas nem sempre o que é colocado em contato é, necessariamente, o que é mais importante porque não é reconhecido como tal pelos *Mitlaufers jurídicos*,[108] ou seja, pelos juristas acostumados a seguir os lugares comuns dos textos jurídicos e das práticas judiciárias.[109] Talvez seja justamente o que tem sido deixado de lado, o que tem sido negligenciado. Aqui é que o Trabalho de Tradução pode emergir e frutificar.

No caso do processo a sua "zona de contato cosmopolita" poderia ser a efetividade[110] que só uma noção de Processo e de jurisdição em contraditório e em diálogo pode permitir.[111] Essa percepção deriva da fase atual em que se vive no direito processual que é a do "formalismo valorativo" [112]inserida num

107. ARENDT, Hannah. *A dignidade da política.* Relume-Dumará: Rio de Janeiro, 2002, p. 92

108. Sobre o aproveitamento desse "hábito tedesco" que aqui foi associado ao sentido comum teórico dos juristas ver: ESPINDOLA, Angela Araujo Silveira. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição. A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito. Afastando os *Mitlaufers Jurídicos. In:* LUCAS, Doglas Cesar. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. (Org.) *Olhares hermenêuticos sobre o Direito.* Em busca do sentido para os caminhos da Justiça. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2006, p. 132.

109. O Projeto de Lei nº 4728/98 de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, cujo substitutivo nº 94/2002, no Senado Federal, de autoria do Senador Pedro Simon foi aprovado em 12.07.2006 e acatou sugestões do IBDP-Instituto Brasileiro de Direito Processual. Esse Projeto propõe a criação da "Mediação Paraprocessual". A mediação poderá ser prévia ao processo ou incidental a ele. Judicial ou extrajudicial, caso os mediadores sejam ou não advogados com mais de três anos de prática judiciária. Ao longo de todo o Projeto percebe-se a importância da oralidade e do consenso que ela é capaz de provocar, para eliminar o conflito. Mais uma vez, ao modo dos Juizados Especiais trabalha-se com a idéia de um Judiciário pós-burocrático. Disponível http://www.direitoprocessual.org.br/v2.htm. Acesso em 22 de julho de 2006.

110. Trabalhada por muitos autores, mas considerada como princípio formativo do processo. Sobre o tema veja-se: PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

111. Tanto a noção de diálogo, como de consenso, afinam-se com a compreensão de processo cooperativo. Sobre esse tema consultar: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista AJURIS,* nº 90. Porto Alegre, 2003.

112. MITIDIERO, Daniel Francisco, valendo-se da lição de autores clássicos e contemporâneos, aponta três fases do processo: a) do praxismo ou sincretismo; b) do processualismo e, c) do formalismo-valorativo,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION419 419 4/10/2007 14:40:00

movimento cultural destinado a concretizar os valores da Constituição no âmbito do processo. Supera-se, desse modo, a visão de processo apenas como 'relação jurídica' tal como a concebeu Oskar Von Büllow na segunda metade do século XIX, para compreendê-lo num cenário mais amplo que é a de ser instrumento da vida democrática.

A segunda questão é identificar *entre o que traduzir?* Escolher teorias e práticas entre as quais se objetiva realizar a tradução derivará, certamente, não só de afinidades, mas antes de inconformidades. Pode surgir como superação ou alternativa de uma *zona de contato imperial.*[113]A questão da morosidade processual pode ser tomada como caso paradigmático desse tipo de zona de contato imperial. Enquanto a morosidade ocupa o centro dos discursos e fomenta reformas processuais, muitas vezes superficiais, evita-se de falar acerca dos verdadeiros problemas da jurisdição relacionados ao seu modelo hegemônico de solução dos conflitos, que é a ordinariedade.[114]

Assim, as discussões centrais dos processualistas são que o mal da Justiça é a morosidade e essa foi a principal razão que fomentou a criação dos Juizados Especiais. Embora essa seja uma realidade que não possa ser desconsiderada, tudo se faz para combatê-la e, nesse afã, corre-se o risco de perder em qualidade.[115] É o dilema entre acelerar e retardar lembrado por Bauman ao afirmar que "a batalha contemporânea da dominação é travada entre forças que empunham, respectivamente, as armas da aceleração e da procrastinação."[116] A arte para o campo específico do direito processual e da jurisdição é encontrar o *fio vermelho* para ajustar e reajustar o foco intertemporal.[117] Se o problema temporal no processo é uma constante, pode-se afirmar que a motivação para o surgimento dos Juizados Especiais não foi tão-somente o problema da morosidade, mas sim cumprir a promessa constitucional de acesso à Justiça. Não só formal, como também qualificado, o que justifica o conjunto de valores e princípios que os caracterizam e que servem para concretizar os valores constitucionais.

---

concebidos como os três endereços culturais do direito processual. Consulte-se: *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Barsileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p., 21 e 144-145.

113. Ibid., p. 810.
114. A crítica novamente pode ser encontrada em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia, op. cit. Veja especialmente os capítulos V e IX.*
115. Como já referido essa é uma das marcas da modernidade. Agir no presente, antecipando o futuro para não ser submetido à demora, pode consistir na subestimação desse último, porque implica em antevisão, estratégia e implementação. Seria a "miopia do futuro" em nome de um presente acelerado. Por outro lado, procrastinar o presente, ignorando sua parcela de urgência, pode conduzir a uma superestimação do futuro – a hipermetropia – tendo como resultante uma subestimação do presente.
116. BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida.* Rio de janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 139.
117. GIANETTI, Eduardo. *O valor do amanhã.* São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 170 –192.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION420 420 4/10/2007 14:40:00

A terceira é *quando se traduz?* Aqui se põe o problema da temporalidade. Porém, é no universo das reformas porque têm passado o direito processual que se deve pensar se a zona de contato não se torna "imperial". Talvez seja essa mesma a quadratura do círculo. Pretendendo aprimorar um bom número de institutos, o legislador mantém as ausências do próprio sistema.

Reforma-se o sistema recursal mantendo-se a mesma cadeia de recursos, sem se questionar a irrenunciável discricionariedade[118] do ato de julgar, cria-se a súmula vinculante, impõe-se a súmula impeditiva de recursos, estabelece-se critério de aferição de repercussão geral da matéria constitucional em recurso extraordinário, "ampliam-se" os poderes dos juízes de primeiro grau com a possibilidade de prolação da sentença vinculante, seqüestrando-se o sentido da problematicidade da cada caso, enfim, altera-se significativamente o Código de Processo Civil mas não se olha para a questão de fundo que é o modelo de jurisdição burocrática baseada na decibilidade a cargo de um homem só. Não há dúvida, pois, que o processo padece do mito de Sísifo[119]. O processualista já não sabe mais como agarrar a pedra. O próprio sistema prevê alternativas. Mas a credulidade da vítima – os juristas em geral e a sociedade – é a aliada do enganador.

O que se quer dizer, é que a zona de contato deve ser vigiada para que não se ignore a própria história da construção do processo e da jurisdição e suas matrizes fundantes. Desse modo, a oralidade e a solução dos conflitos pela via conciliatória pode ser uma zona de contato entre diferentes práticas e saberes que envolvem a solução dos litígios humanos.

A quarta é *quem traduz*? Não existem saberes e tampouco práticas sem que por detrás alguém os aplique. No caso do processo e da jurisdição, o trabalho de tradução e de questionamento da Teoria Geral do Processo deve ser realizado pelos juristas envolvidos na melhoria da solução dos conflitos em sociedade. Requer, portanto, uma atitude favorável e de abertura, fruto da compreensão e da atitude crítica.

A quinta e última é *como se traduz?* O trabalho de tradução, segundo Boaventura, é essencialmente um trabalho argumentativo, voltado a permitir que se partilhe de saberes ou experiências de outros. Mas essa argumentação diferiria

118. Como diz BAPTISTA DA SILVA, Ovídio a discricionariedade será sempre o suporte de qualquer decisão. Contudo, essa percepção desfaz-se na medida em que se busca manter fidelidade ao sistema que pressupõe um sentido unívoco da lei, sem que se aceite conviver com a compreensão do outro. *In: Processo e ideologia,* op. cit., p. 275.

119. Ver sobre a relação do processo com o mito de Sísifo: MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El mito de Sísifo.* Barcelona: Atelier, 2004.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION421 421 4/10/2007 14:40:00

do tradicional, uma vez que destituída de *topoi.* E os *topoi* de outras experiências abandonariam essa condição para transformarem-se apenas em premissas de argumentação. Não há como prever o resultado disso. Mas o que está em confronto é a relação entre verdade e opinião. A verdade, como o absoluto, eternamente buscada no modelo tradicional de processo. A opinião como o relativo, que pode ser encontrada no cenário de outras formas de solução de conflitos, jurisdicionais ou não, mas realizado de modo cooperativo.

Romper com a quintessência da ordinariedade – a escrita, a certeza e a segurança – não significa banalizar as formas alternativas de solucionar conflitos, mas reconhecer em que medida não são apenas necessárias, mas o que é mais relevante, em que medida trazem resultados positivos no mundo prático.

O medo da contradição, como disse Hannah Arendt[120], é o medo de fragmentar-se, de não continuar sendo um. Nessa lógica repousa toda a resistência no abandono dos absolutos.

A construção da Teoria da Tradução para a jurisdição e para o processo poderá contribuir para suplantar duas estratégias retiradas da obra Tristes Trópicos de Claude Lévi-Strauss e que podem ser, analogicamente, aplicadas ao processo e à jurisdição.[121] O antropólogo, ao estudar tribos indígenas no Brasil afirmou que a identificação do "diferente" dava-se por duas vias. A antropoêmica e a antropofágica. Na primeira – a êmica –, a idéia era excluí-lo, afastá-lo ou ignorá-lo. Na segunda – a fágica –, realiza-se um processo assimilatório, através do qual o assimilado, sendo "ingerido", perde suas características. Na *êmica* se aniquila o outro. Na *fágica* aniquila-se a alteridade. Assim, por um lado, têm a dogmática jurídica ignorado o "outro", que são todas as formas alternativas de solução de conflitos. E, por outro, na tentativa de manter as estruturas conhecidas da jurisdição e do processo, tendem a tratar o "novo" com os olhos do velho, assimilando-o ao que é conhecido.

De certo modo, essa tem sido a lógica da modernidade. Quanto mais eficaz a tendência à homogeneização e quanto maior o esforço para eliminar a diferença, tanto mais difícil será sentir-se à vontade com o que é estranho e tanto mais ameaçadora será a diferença. Não se deve esquecer, diante disso, que é a contingência e não o determinismo que está subjacente em cada conflito humano levado ao juiz para julgamento.

120. Op. cit. p. 101.
121. LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Essas idéias foram desenvolvidas por BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida...,* op. cit. p.118.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION422 422 4/10/2007 14:40:00

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse ensaio procurou-se transferir ao mundo jurídico, especificamente ao do processo e da jurisdição, categorias sociológicas capazes de ler a sociedade contemporânea e de apontar as ausências e as emergências a partir da obra de Boaventura de Sousa Santos.

O processo e a jurisdição, partes de um todo maior que é o Direito, são marcados por aqueles traços, por conta do lento e gradual trabalho da dogmática jurídica dos últimos dois séculos que se encarregou de construir os "lugares comuns" que dominam a fala e o modo de agir do jurista. Tudo o que é estranho e diferente do já feito, é ignorado. Eis a produção das ausências da razão metonímica. Pensando tudo já estar pronto, não se pensa, tampouco se age, sob a perspectiva da emergência. Aqui a razão proléptica.

No âmbito da Teoria Geral do Processo, uma dentre tantas disciplinas que formam e conformam o Direito, essas mesmas ausências e emergências podem ser avistadas, uma vez que, justamente por ser "geral" tem a pretensão de dizer tudo acerca dos institutos, princípios e modo de ser do direito processual a partir de um ponto de vista já conhecido.

Porém, há uma riqueza de possibilidades, jurisdicionais ou não, de solução de conflitos que são derrisivas às formas tradicionais e conhecidas, como foi demonstrado ao longo deste trabalho. A hermenêutica diatópica constitui-se na condição de possibilidade de realização de diálogo entre o velho e o novo, entre as práticas existentes e aceitas e entre aquelas que também existem mas são ignoradas. A zona de contato entre diversos campos de atuação poderia viabilizar tal diálogo.

A construção de uma Teoria da Tradução que transcenda a Teoria Geral do Processo talvez seja um caminho viável para a construção de um novo modelo de jurisdição para o século XXI, não como satisfação de um simples desejo de mudar, mas acreditando que outro processo seja possível.

REFERÊNCIAS

1. Obras consultadas

ARENDT, Hannah. *A dignidade da política***.** Relume-Dumará: Rio de Janeiro, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética e Nicômaco,* 3.ed, Brasília: UnB, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença***.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION423 423 4/10/2007 14:40:00

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.* 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional.* Cedido pelo autor, p. 2.

_____. *Processo e Ideologia.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Verdade e significado. *In:* ROCHA, Leonel Severo. STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *Modernidade e ambivalência.* Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BORDIEAU, Pierre. *O poder simbólico.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça.* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Valores e os judiciários. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. *In: Cidadania e Justiça.* Revista da AMB. Ano 7, nº. 13, set/2004, p. 17-39.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Brancosos" e a Interconstitucionaldiade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.* Coimbra: Almedina, 2006.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Método jurídico. Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia.* São Paulo: Cortez, 2003.

COMMAILLE, Jacques. La déstabilisation des territoires de justice. *Droit et Société.* Números 42/43, 1999.

DENTI, Vittorio. *Un progetto per la giustizia civile.* Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1982.

DELMAS-MARTY, Mireillle. *Le flou du droit.* Paris: PUF, 2004.

_____. *Les forces imaginatives du droit (III). La refondation des pouvouirs.* Paris: Seuil, 2007, p.8.

ESPINDOLA, Angela Araujo Silveira. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a Constituição. A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito. Afastando os *Mitlaufers Jurídicos. In:* LUCAS, Doglas Cesar. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. (Org.) *Olhares hermenêuticos sobre o Direito:* em busca do sentido para os caminhos da Justiça. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2006,

ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto.* Tradução: Salvattore Patti. Giuseppe Zaccaria. S/l: Università di Camerino, 1983.

FISS, Owen. *Um novo processo civil:* Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004, p. 165.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem.* Trad. Aulyde Soares Rodrigues. Rocco: Rio de Janeiro, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. *Acotaciones hermenêuticas.* Madri: Editorial Trotta, 2002.

_____. *Elogio da Teoria.* Lisboa: Ed. 70,2001.

_____. *Verdade e Método,* 3.ed. São Paulo: Vozes, 1999.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar:* Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Piaget.

_____. *O guardador de promessas:* justiça e democracia. Lisboa: Piaget.

_____. PAPADOPOULOS, Ionnis. *Juger en Amérique et en France.* Paris: Odile Jacob.

GIANETTI, Eduardo. *O valor do amanhã.* São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

HAENEL, Hubert. FRISON-ROCHE, Maria-Anne. *Le juge et le politique.* Paris: PUF, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo.* 7. ed. V I e II. Petrópolis: Vozes, 2000.

HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia.* Barcelona: Editorial Crítica, s/d

HOFFMANN, Paulo. *Razoável duração do processo.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofia del derecho em la posmodernidad.* Bogotá: Editorial Temis, 1998.

LARIVIÈRE, Dnial Soulez. DALLE, Hubert. *Notre justice. Le livre verité de la justice française.* Paris: Éditions Robert Faffont S.A, 2002.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. *Tratado prático compendiário de todas as acções summarias.* T. I. Lisboa: Imprensa Imperial, 1867.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna.* 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACHADO, Fábio Cardoso. RIZZO AMARAL, Guilherme. *Polêmica sobre ação:* a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude.* Bauru: EDUSC, 2001.

MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos:* o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. *A violência totalitária.* Lisboa: Piaget.

_____. *O eterno instante:* o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. Lisboa: Instituto Piaget.

MARIOTTI, Humberto. *As paixões do ego*: complexidade, política e solidariedade. São Paulo: Palas Athena, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe.* Capítulo VII. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El mito de Sísifo y la ciência procesal.* Barcelona: Atelier, 2004.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION425 425 4/10/2007 14:40:01

MERRYMAN, John Henry. *La tradicion jurídica romano-canonica.* México: Fondo de Cultura econômica, 2000.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência.* 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

NEGRI, Antonio. *Império.* Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista AJURIS*, nº 90. Porto Alegre, 2003.

PEDROSO, João. TRINCÃO, Catarina. DIAS, João Paulo. *Por caminhos da reforma da Justiça.* Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PLEBE, Armando. EMANUELE, Pietro. *Manual de Retórica.* São Paulo: Martins Fontes,1992.

PÖGGELER, Otto. *A via de pensamento do pensamento de Martin Heidegger.* Tradução: Jorge Telles de Menezes. Lisboa: Piaget, 2001.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRODI, Paolo. *Uma história da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiência jurídica, naturaleza de la cosa y lógica do "razonable".*

_____. *Nueva filosofia de la interpretacion del derecho.* México: Editorial Porrúa.

ROSANVALON, Pierre. *La Crise de l'État Providence.* Paris: Seul, 1981.

ROSSI, Paolo. *O nascimento da ciência moderna na Europa.* Bauru: EDUSC, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes, SZINWELSKI, Fábio João. GOMES, Joséli Fiorin. LISBOA, Ramon. Direito, processo e uma proposta de (novo) compromisso com a filosofia. *In:* SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Hermenêutica e argumentação:* em busca da realização do Direito. Ijuí: Editora UNIJUI, 2003.

_____. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva:* uma tentativa de substancialização do direito processual civil. Tese. Tomo II. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente.* São Paulo: Cortez, 2004.

_____. *Discurso de poder:* ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2. Reimp. Porto Alegre: SAFE, 1988.

STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica:* ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION426 426 4/10/2007 14:40:01

TARUFFO, Michelli. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo. *In: Rivista di diritto processuale.* Milão, 1974.

VICO, Giambattista. *A ciência nova.* Tradução: Marco Lucchesi. Rio de Janeiro: Record, 1999.

VIEWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudenza.*

WALLERSTEIN, Immanuel. *O fim do mundo como o concebemos:* ciência para o século XXI. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

2. Sítios consultados

AZEVEDO, André Gomma de. *O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça restaurativa:* uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. Disponível em http://www.undp.org/governance/docs/justice.

SADEK, Maria Tereza (Coord.). *Pesquisa AMB.* Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/ .

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Do pós-moderno ao pós-colonial:* e para além de um e de outro, p. 16-17. Disponível em http://www.ces.uc.pt.

http://www.mj.gov.br/notícias/Diagnóstico.

http://trt4.gov.br/.

http://www.direitoprocessual.org.br/v2.htm.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION427 427 4/10/2007 14:40:01

CAPÍTULO XVIII

ADMISIBILIDAD, PROCEDENCIA Y FUNDABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL PERUANO

Juan José Monroy Palacios*

Sumario: 1. Nota preliminar – 2. Ámbito común de aplicación y examen de los criterios tradicionales para la clasificación de las cuestiones en el proceso – 3. Estructura interna del concepto *cuestión* en el derecho procesal y criterios base para la distinción de las categorías bajo estudio – 4. Utilización simultánea de más de una categoría bajo examen. Un breve comentario sobre la distinción entre cuestión, procedimiento simple y compuesto, subprocedimiento/incidente y fase – 5. Conclusiones.

1. NOTA PRELIMINAR

Si se intentara establecer una jerarquía en función del *valor dogmático* de los temas que devienen en objeto de investigación de los procesalistas contemporáneos, la cuestión referida a la distinción conceptual entre *admisibilidad*, *procedencia* y *fundabilidad* – o los variados nombres que a estas categorías se le otorguen en otros ordenamientos – ocuparía un lugar secundario, casi marginal. Si, por otro lado, la prelación se efectuara en razón del *valor práctico* de esta distinción, entonces el tema ubicaría una posición predominante. En efecto, casi no existe resolución judicial que no se pronuncie utilizando cualquiera de aquellos términos y, así mismo, no hace falta ser un profundo conocedor de nuestra realidad forense para advertir que, hasta la fecha, los usuarios de la justicia y los jueces, en el mejor de los casos, sólo tienen una idea aproximada y netamente empírica sobre el significado, alcances y límites de tales categorías procesales.

En efecto, si partimos de la constatación de que todo acto procesal de parte que contiene una petición (demanda, apelación, excepción, etc.), al generar una cuestión, es pasible de ser calificado con alguna de tales categorías y que ello constituye un requisito *sine qua non* para el normal desenvolvimiento del proceso, entonces resultará fácil advertir que el problema planteado requiere, con urgencia, ser abordado en términos razonablemente claros.

(*) Professor de Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica do Peru.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION429 429 4/10/2007 14:40:01

Hasta la fecha, a casi catorce años de vigencia del Código Procesal Civil, resulta evidente que tales conceptos han adquirido un significado más o menos definido, sin embargo, tal situación lejos de excluir el debate, impone que la doctrina reflexione, profundice en la materia y otorgue mayores elementos para el análisis.

No podemos concluir esta introducción sin apuntar que el comportamiento todavía inestable del Tribunal Constitucional, sobre todo cuando enfrenta cuestiones procesales vinculadas al amparo, la nueva regulación de los procesos contencioso-administrativos o la inusitada importancia que ha adquirido en el último decenio el arbitraje, añaden un motivo determinante para la realización del presente estudio: nada contribuye más a la consolidación del sistema procesal, es decir, al sistema a través del cual se tutelan los derechos en nuestro ordenamiento que la armonización de sus categorías jurídicas fundamentales, de aquellas que están más allá de cualquier particularidad surgida de cada diseño procedimental y que, en buena cuenta, componen lo que solemos denominar teoría del proceso.

En razón de los argumentos expuestos, en las próximas líneas intentaremos desarrollar algunos lineamientos bajo los cuales consideramos posible un uso adecuado de tales categorías. Si bien el presente análisis no busca agotar el tema, ello no nos exime de plantear nuestra posición al respecto.

2. ÁMBITO COMÚN DE APLICACIÓN Y EXAMEN DE LOS CRITERIOS TRADICIONALES PARA LA CLASIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES EN EL PROCESO

Las tres categorías comparten el mismo ámbito de aplicación porque son utilizadas en el contexto de un procedimiento (civil o penal, público o privado, etc.) y, dentro de éste, de manera exclusiva por parte del juez. A su vez, tienen el común denominador de tratarse de categorías cuyo uso se concreta *sólo* en *actos decisorios*, sin importar si concluyen el proceso; pueden de impulso, disciplinarios o de cualquier otra subespecie.

Ubicados ya en el plano procedimental, podemos decir que los *actos decisorios* son los que ponen fin a una *cuestión* suscitada a iniciativa de cualquiera de las partes o, eventualmente, del juez. Regularmente, dado el carácter dialéctico propio de la actividad litigiosa, el *momento decisorio* se configura luego de que cada una de las partes ha expuesto su posición respecto de las *cuestiones* que se van configurando a lo largo del procedimiento. A dicho desarrollo dialéctico, donde las partes hacen uso indistinto (de acuerdo a las etapas del procedimiento) de sus derechos de petición y de defensa, situado en un marco donde se debe

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION430 430 4/10/2007 14:40:02

observar la paridad de armas (*igualdad procesal*) se le denomina *contradictorio* y, como se sabe, es la expresión concreta de uno de los más cualificados principios constitucionales del proceso[1]. Sin perjuicio de lo dicho, manteniendo el discurso en el ámbito indicado, resulta pertinente recordar que la jerga forense suele denominar a este fenómeno con la expresión *sustanciación*; por eso se suele decir que, salvo excepciones, *no existe decisión válida sin sustanciación*[2].

Como ya se adelantó, partimos de la premisa de que toda situación procesal controvertible, provocada por la parte o de oficio, que concluye con una decisión se denomina *cuestión*. Se trata de un concepto clave para entender la estructura y el funcionamiento de los procedimientos y, por tal razón, ha sido objeto de las más diversas clasificaciones. Aunque éste no es el momento de realizar un análisis exhaustivo al respecto, no podemos dejar de aludir a la clásica división cartesiana entre *cuestiones procesales* y *cuestiones de mérito* según versen, respectivamente, sobre aspectos de *forma* o de *fondo*.

La bipartición forma/fondo es el criterio más difundido y enraizado en la dogmática procesal y en la práctica forense de los últimos dos siglos. La razón de su éxito se centra en su simpleza y relativa utilidad: *todo lo referido al acogimiento (o no) de la pretensión contenida en la demanda es fondo; todo lo demás es forma*. Sin embargo, las carencias sustanciales de tal clasificación son evidentes. No sólo deja sin resolver problemas interpretativos fundamentales, sino que falsea la realidad, mucho más compleja, del procedimiento.

Dos ejemplos bastarán para demostrarlo:

a) El auto que declara fundada una excepción de falta de legitimidad para obrar activa no se pronuncia sobre el *fondo* del proceso, pero está muy lejos de

1. Sobre la garantía del contradictorio y su relación con el derecho de defensa y la igualdad procesal, véase COMOGLIO, voz: Contraddittorio, en *Digesto*[4], IV, Torino, 1998, p. 1 ss.
2. Las situaciones excepcionales donde las decisiones "no sustanciadas" no se encuentran, sin embargo, viciadas de invalidez, suelen tener las siguientes características: *a*) están expresamente previstas por el ordenamiento y *b*) no suponen una violación al principio constitucional del contradictorio. Un claro ejemplo lo constituye el principio consagrado por nuestro ordenamiento procesal civil, según el cual, las medidas cautelares se conceden *inaudita altera pars*, es decir, con *contradictorio diferido*; otro, la posibilidad de rechazar liminarmente la demanda en los casos donde el juez verifique su manifiesta improcedencia (art. 427, incs. 1 y 2 CPC). En estos casos la norma excluye el contradictorio simplemente porque la contraparte no tiene ningún derecho qué defender: si el juez rechaza liminarmente la demanda, la contraparte se libera del proceso sin siquiera haber participado en aquél, y es que el contradictorio no constituye una fórmula hueca o vacía que debe ser cumplida irreflexivamente en el procedimiento; es fundamental en la medida que permite a cada parte ejercer plenamente su derecho de defensa, y por esta misma razón, en los casos de examen liminar de la demanda, no existe mayor posibilidad de perjuicio para la demandada o, en el más amplio sentido de la expresión, no hay amenaza de que se le vulnere derecho alguno pues, en el peor de los casos, el juez admitirá la demanda y lo emplazará para que ejerza plenamente su derecho de defensa, integrándose así la relación procesal sobre la cual se desenvolverá la litis.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION431 431 4/10/2007 14:40:02

ser una simple cuestión de *forma*. La legitimidad para obrar es una de las instituciones base del derecho procesal, a través de la cual se determina la aptitud de las partes para obtener un pronunciamiento válido sobre el fondo, en función de la titularidad que aquéllas alegan respecto del derecho discutido. Sin embargo, su correcto encuadramiento en el marco de la teoría del proceso y su adecuada aplicación en la variada casuística judicial puede llegar a niveles tales de sofistificación que la convierten en una figura sumamente compleja, objeto de permanentes y profundos análisis por parte de la doctrina. Siendo así las cosas, afirmar que la deducción de una excepción de falta de legitimidad para obrar da lugar a una cuestión de "forma" no es insuficiente, sino errado. Tanto el Derecho Procesal como el Derecho Material contienen, por un lado, un gran y complejo acervo de información dogmática e histórica, teorías, categorías, instituciones y principios que componen su *fondo* y, por el otro, un conjunto de mecanismos a través de los cuales, ambas ramas, se expresan en el mundo físico: tiempo (plazos y términos), forma (oral o escrita), espacio (despachos judiciales), etc., todo lo cual se suele denominar, con expresión laxa, *forma*. Así, por citar un par de ejemplos, la formalidad *ad substantiam* de un contrato o los requisitos de la demanda constituyen la forma de los actos jurídicos materiales y procesales, respectivamente. Mientras que los principios que gobiernan la interpretación de los contratos o instituciones como la sentencia o la acumulación componen el fondo de ambas ramas del Derecho, Material y Procesal, respectivamente. En conclusión, distinguir las decisiones judiciales entre las que se pronuncian sobre la *forma* y el *fondo* es expresión de una mirada tan pobre que elimina cualquier posibilidad de apreciar el fenómeno procesal, sea a nivel teórico o a partir de una caso concreto, en sus auténticas dimensiones.

b) Aún obviando la crítica atrás realizada, los emparejamientos *cuestión procesal/forma* y *cuestión de mérito/fondo* resultan igualmente equívocos. Comencemos por el último: en un proceso de revisión civil por fraude procesal (art. 178 CPC) la sentencia que declare fundada o infundada la demanda hará referencia a la existencia o no de dicha actividad dolosa, es decir, será una *cuestión de mérito* que, sin embargo, tendrá como contenido una *cuestión* puramente *procesal*, mal llamada "de forma". Por otro lado, la deducción de una cuestión prejudicial, como el caso de los incidentes de inconstitucionalidad previstos por ordenamientos como el italiano o brasileño, dará lugar a que una cuestión incidental, previa a la expedición de la sentencia, típicamente considerada "de forma", sea considerada, sin lugar a dudas, una *cuestión de derecho material*, a pesar de no estar ligada directamente a la calificación sobre la fundabilidad de la sentencia (*cuestión de mérito*). En otras palabras, estamos ante una cuestión que no es "de forma", pero que, a pesar de resolver una cuestión de estricto derecho material (la

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION432 432 4/10/2007 14:40:02

constitucionalidad de una norma), tampoco resulta "de mérito", por ser tan sólo prejudicial a ésta[3].

Demostrada la imposibilidad de comprender el fenómeno procesal a partir de la distinción forma y fondo, analicemos otro criterio que intenta superar esta limitación.

Un sector importante de la doctrina suele hablar de *cuestiones previas* (subdivididas en *cuestiones preliminares* y *cuestiones prejudiciales*) cuya contrapartida sería la *cuestión principal*. En las primeras se encontrarían todos los incidentes necesarios para el desarrollo del proceso y para la expedición de una sentencia válida sobre el fondo[4], mientras que la segunda haría alusión, única y exclusivamente, al *objeto del proceso*, es decir, al contenido de la demanda o, mejor aún, para expresarnos en los términos más claros posibles, a lo que será declarado fundado o infundado al momento de expedirse la sentencia. Por último, ambos criterios clasificatorios pueden ser mezclados, con lo cual podríamos tener *cuestiones previas procesales* y *cuestiones previas de mérito*.

Como se puede deducir de lo dicho, a pesar de partir de una lógica elemental e incuestionable (distinguir la *cuestión de mérito* de todas las *cuestiones previas* o *incidentales*), el elevado grado de sistematicidad al que se intenta llevar la clasificación sólo es posible concebirlo en el mundo de las ideas. En efecto, la presunta irreductibilidad que se pretende atribuir a algunos conceptos (p.e., *cuestión previa procesal*) colapsa cuando se confronta con el mundo real, desapareciendo el orden y la claridad, convirtiendo a aquellos tan sólo en *criterios aproximativos*, antes que en *criterios de determinación* (tal como fueron originalmente concebidos) para el análisis e interpretación del proceso[5]. Por ejemplo, cada día se

3. No toda cuestión de derecho material es una cuestión de mérito, no sólo porque el mérito de la causa, como decíamos, puede contener una cuestión de derecho procesal, sino porque el mérito es única y estrictamente aquello que ha sido demandado y sobre lo cual, fundada e infundada que se declare la demanda, recaerá la autoridad de la cosa juzgada. Por tanto, yerra LIEBMAN *(Manuale di diritto processuale civile[5],* Milano, 1992, I, pp. 162 y 163) cuando señala que "tutte le questioni, la cui risoluzione può essere direttamente o indirettamente influente per tal decisione, formano complessivamente *il merito della causa*". Un ejemplo basta para demostrarlo: cuando en el Perú un Juez, para declarar fundada la demanda de un contribuyente, aplicando previamente control difuso, inaplica una norma de derecho tributario por considerarla inconstitucional (típica *cuestión de derecho material*) resulta evidente que la cosa juzgada sólo recaerá sobre el contenido de la demanda, mas no sobre la norma inaplicada. *Ergo*, en sede nacional el control difuso da lugar a una cuestión prejudicial (de derecho material) que, sin embargo, no forma parte del mérito de la causa.
4. "O exame das questões prévias sempre pressupõe a existência de ao menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Quando entre duas ou mais questões houver relação de subordinação, dir-se-á que a questão subordinante é uma questão prévia". DIDIER Jr., *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo,* São Paulo, 2005, p. 67.
5. A pesar del contenido marcadamente exegético, sobre la variedad de criterios clasificatorios puede consultarse, como referencia, pero sin que ello asegure adquirir una noción clara del asunto, DENTI,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION433 433 4/10/2007 14:40:02

torna más difícil y hasta en algunos supuestos carente de sentido establecer una división tajante entre *Derecho Material* y *Procesal*; ¿cómo calificar –por citar un ejemplo– un incidente de carácter probatorio?[6] o, luego de un exhaustivo análisis, ¿cuál sería la utilidad de denominar a una *cuestión prejudicial procesal* antes que de *mérito*, si casi siempre las decisiones sobre ambas son pasibles de los mismos tipos de impugnación y si ambos tipos de incidencias condicionan igualmente el contenido de la decisión final? La respuesta no siempre es la misma. En buena parte, es aquí donde se expresa el horror y la fascinación que encierra el Derecho como ciencia y por cierto nuestra disciplina. No hay respuestas exactas, menos aún, *sub specie æternitatis*.

Recapitulando nuestro análisis, resulta pertinente apuntar lo siguiente: el *acto decisorio* constituye un suceso normal del proceso que se verifica en repetidas ocasiones a lo largo de su desarrollo, es decir, desde la calificación de la demanda hasta la expedición de la resolución (auto o sentencia, según cada caso concreto) que lo concluye. Aquél pone fin a la *cuestión* sin importar si es *procesal, de mérito*, *previa* (incidental) o *principal*. Por último, si bien, dependiendo de la particularidad de los casos, los actos decisorios tienen distintos grados de incidencia sobre el resultado final del proceso, es fundamental tener en cuenta que toda decisión judicial, de manera expresa o tácita e independientemente de la cuestión que resuelva, siempre podrá encuadrarse en cualquiera de las tres categorías que titulan el presente trabajo: *admisibilidad*, *procedencia* y *fundabilidad* o, como es natural, en sus respectivos antónimos: *inadmisiblidad*, *improcedencia* e *infundabilidad*.

3. ESTRUCTURA INTERNA DEL CONCEPTO CUESTIÓN EN EL DERECHO PROCESAL Y CRITERIOS BASE PARA LA DISTINCIÓN DE LAS CATEGORÍAS BAJO ESTUDIO

No toda crítica a una teoría o a un criterio clasificatorio tiene que implicar una eliminación *in toto* de éste o de aquélla. Concluir una reflexión en esos términos, es decir, destruir todo lo hecho y proponer una concepción distinta de tal

---

Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata, en *Riv. dir. proc.,* 1969, pp. 213; ID., Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito, *Riv. dir. proc.,* 1970, pp. 560 ss., MONTESANO, Questioni preliminari e sentenze parziali di merito, en *Riv. dir. proc.,* 1969, pp. 579 ss.; ID., Questioni e cause pregiudiziale nella cognizione ordinaria del codice de procedura civile, en *Studi Allorio,* I, Milano, 1989, pp. 885 ss. y sobre todo GARBAGNATI, Questioni preliminari di merito e questioni pregiuziali, en: *Riv. dir. proc.,* 1976, pp. 257 ss. y bibliografía allí citada.

6. Sobre la inutilidad de la distinción entre derecho procesal y material ya escribió, con argumentos incontestables, DENTI, La relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, en *Riv. dir. proc.,* 1964, pp. 64 ss., y publicado luego en *Dell'azione al giudicato,* Padova, 1983, pp. 3 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION434 434 4/10/2007 14:40:02

o cual fenómeno jurídico, seguramente con novísimas categorías y reformulaciones de principios, sólo es sinónimo de una inaceptable inmadurez que, por citar un caso elocuente, acompañó a buena parte de los primeros procesalistas iberoamericanos del siglo XX[7]. Con cada monografía surgía una nueva teoría o concepción de la acción o de cualquier otra institución básica del proceso. El resultado previsible se concretó: el estancamiento de nuestra disciplina y su inevitable conversión en una especialidad tan teórica como poco práctica.

De los criterios para clasificar las cuestiones resulta esencial el que distingue la *cuestión de fondo* de todas las demás que, sin importar su contenido, son *previas* a aquélla o, si se quiere, *incidentales*. Tanto el procedimiento que se inicia como producto de la deducción de una excepción o una defensa previa, como la tacha u oposición de un medio probatorio suponen la configuración de una *cuestión previa* o *incidental* respecto de la *cuestión principal*, que se inicia con la interposición de la demanda y que, al menos en potencia, aspira a concluir con la expedición de una sentencia.

Pero no sigamos ahondando en un tema referido más a la estructura del procedimiento que al contenido de los actos decisorios. Sólo rescatemos esta idea: así como un procedimiento puede contener, además de la cuestión principal, cuestiones incidentales, una cuestión, en sí misma entendida, sea cual fuere su contenido, también tiene en su interior un aspecto de *fondo* y otro u otros instrumentales a aquél, los cuales se comportan, en su gran mayoría, como *requisitos de validez* de la cuestión misma, pero que, con mayor precisión, pueden ser concebidos como *requisitos para un pronunciamiento válido sobre el aspecto de fondo*. En otras palabras, por más simple o sofisticada que ésta pudiera resultar, *la estructura interna básica de toda cuestión procesal está conformada por elementos de fondo y elementos de validez (del pronunciamiento fondal)*. Ahora bien, la ausencia o defecto de un *requisito de validez* impide que la cuestión cumpla su tránsito fisiológico regular, es decir, que concluya con un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión misma. Veamos algunos ejemplos: *a*) la deducción de una tacha u oposición da lugar a una cuestión donde se discute la idoneidad de un medio probatorio, buscándose evitar que éste pueda utilizarse para la dilucidación del objeto del proceso. En consecuencia, el acogimiento o rechazo de cualquiera de tales remedios probatorios constituye propiamente su aspecto de *fondo* (p.e., *fundada* la tacha, *infundada* la oposición, etc.). Sin

7. A propósito, dice COUTURE, "en Occidente un hombre se enamora de una teoría y otro de otra y ambos proceden a demostrar su teoría y el error de la adversa, con gran cultura y estupidez" *(Introducción al estudio del proceso civil,* Buenos Aires, 1978, p. 52; ya citado en J.J. MONROY PALACIOS, *Teoría cautelar,* Lima, 2002, p. 80).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION435 435 4/10/2007 14:40:03

embargo, al igual que sucede con cualquier medio impugnatorio, la deducción de los remedios probatorios se encuentra sujeta a un plazo u oportunidad determinada (art. 478.1, 491.1 y 553 CPC), con lo que, de no deducirse aquellos en el momento adecuado, no será posible que el juez se pronuncie sobre el fondo del pedido, expidiendo una decisión meramente inhibitoria al momento de dar por finalizado el incidente (*improcedente* la tacha); *b*) una de las funciones básicas del recurso de queja es fungir de garantía a la parte que ha visto rechazado su recurso de apelación o de casación, sin poder acceder al órgano jurisdiccional superior para que examine su causa. En consecuencia, una estimación del recurso de queja supone habilitar la posibilidad de que se examine el fondo de la apelación o casación, originalmente frustrada, por parte del juez competente. Éste es el fondo del recurso. ¿Qué pasaría si en un determinado caso se interpone queja directamente ante el órgano superior sin antes haberse apelado? El juez de la queja estaría de calificar el fondo de ésta, pues la ausencia de apelación supone el incumplimiento de un requisito esencial para la validez del incidente iniciado con aquélla: su adecuación[8].

Los ejemplos citados abonan nuestra hipótesis en el sentido de que *toda cuestión se encuentra compuesta por un aspecto de fondo y otros referidos a la validez misma de un eventual pronunciamiento fondal*. Ahora bien, la mayor parte de los requisitos de validez se encuentran ligados al plano procedimental; sin un procedimiento regular se desvirtúa la posibilidad de que se resuelva una cuestión con una decisión sobre el fondo. En este sentido, dado que todo procedimiento se compone de un conjunto de actos concatenados que tienen como objetivo la dilucidación del aspecto de fondo, resulta pertinente añadir una nueva premisa a nuestra construcción: *toda invalidez que se produzca durante el desarrollo del procedimiento, de no ser subsanable, frustra la posibilidad de que se expida un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada*. Más aún, si se llegara a expedir el acto decisorio que pone a fin a la cuestión y, luego de aquél, se verificara la invalidez total o parcial del procedimiento, el pronunciamiento será igualmente inválido. El único límite lo constituye la decisión que adquiere la autoridad (sentencia) o, según previsión expresa de la ley, los efectos (el auto que concluye el proceso y laudo arbitral) de la cosa juzgada.

8. "Un ordenamiento procesal regula cierto número de recursos. En cada uno de ellos se precisa para qué tipo de resolución pueden ser utilizados, sean decretos, autos o sentencias. La adecuación del recurso consiste en el deber que tiene el recurrente de interponer el recurso que corresponda atendiendo a la naturaleza de la resolución que está impugnando. Así, por ejemplo, por más trascendente que fue para una parte un decreto –el que en su opinión lo agravia y tiene error – no podrá utilizar la apelación contra él, porque este recurso sólo se concede contra los autos y sentencias". MONROY GÁLVEZ, Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil, en *Ius et veritas,* 5, 1992, p. 24; ahora en *La formación del proceso civil peruano*[2]*,* Lima, 2004, p. 245.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION436 436 4/10/2007 14:40:03

Bajo estos lineamientos es posible ensayar la primera respuesta a la interrogante que plantea el presente estudio: la *fundabilidad* o no de una cuestión está reservada para los casos donde se resuelva el *fondo* de aquélla. Por ello, no es casual que ambas palabras compartan una misma raíz gramatical. De este modo, una demanda, una excepción o una tacha se declararán fundadas o infundadas cuando el pedido concreto contenido en cualquiera de aquellos actos de parte haya sido acogido o rechazado. En ciertas ocasiones, sin embargo, la costumbre hace que se omitan estas expresiones en la resolución judicial, sin que ello desnaturalice el verdadero carácter de la decisión, es decir, que constituya un pronunciamiento sobre el fondo. Así, por ejemplo, en el caso de una decisión sobre un pedido cautelar, el juez no lo calificará "fundado" o "infundado", a pesar de que, en estricto, ello es lo correcto, sino resolverá diciendo "concédase" o "improcedente" la "medida cautelar". En el primer caso no hay mayores inconvenientes. A pesar de no constituir una expresión técnica, la "concesión" puede admitirse como sinónimo válido de "fundabilidad". En cuanto a la "improcedencia" cautelar, el tema sí es problemático pues, como veremos a continuación, la procedencia es una categoría jurídica que en el marco de nuestro ordenamiento procesal posee un significado bien definido y diferenciado respecto de la "fundabilidad". Tal como sucede con el amparo, la costumbre de declarar "improcedente" a todo rechazo del pedido cautelar, sin distingo alguno por la razón que motivó dicha decisión, está profundamente asentada en nuestro medio, pero es necesario atacarla y dejarla de lado por ser fuente de innumerables equívocos tanto en el ámbito doctrinal como en la práctica forense[9].

Identificado el supuesto de aplicación de la "fundabilidad", pasemos ahora a la búsqueda de los criterios-base que nos ayuden a encuadrar las categorías "procedencia"y "admisibilidad". El punto inicial puede establecerse a partir de la siguiente premisa: *todo aspecto ajeno al fondo de la cuestión y, por tanto, referido a la validez del procedimiento al que aquélla da lugar o, más genéricamente, a la validez de un eventual pronunciamiento sobre el fondo, se resuelve en función de las categorías procedencia y admisibilidad*. Si bien positivamente utilizadas ambas expresiones pueden operar, en las escasas hipótesis que ofrece el ordenamiento, como sinónimos (p.e., decir "se *admite* la demanda" o "se declara *procedente* el recurso de casación" es declarar *válido*, hasta ese momento, el procedimiento al que han dado lugar cada uno de aquellos pedidos y encaminarlo hacia su desenlace regular: el pronunciamiento sobre el fondo[10]), en el

9. Particularmente, sobre la necesidad de diferenciar el rechazo cautelar entre "razones procedimentales" y "razones de mérito" me permito hacer una remisión a mi *Teoría cautelar*, cit., pp. 326-329.
10. Salvo los dos casos ejemplificados, y otros pocos más, por cuestiones de economía procesal el legislador no prevé pronunciamientos expresos de procedencia/admisibilidad en la dilucidación de las cuestiones.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION437 437 4/10/2007 14:40:03

plano opuesto, sin embargo, *improcedencia* e *inadmisibilidad* poseen significados distintos: el primero sirve para denunciar la existencia de una invalidez cuyo defecto invocado es considerado *insubsanable* y que, en consecuencia, al igual de lo que sucede con la infundabilidad, pone fin al procedimiento. En cambio, con la inadmisibilidad el juez – *ex officio* o a pedido de parte– expide una declaración provisional de invalidez por medio de la cual, sin concluir con el procedimiento, otorga un plazo para remover el defecto que la provocó, por considerar que la situación es *subsanable*. De producirse la subsanación, habrá nacido en el juez el deber de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Por el contrario, agotada la oportunidad para sanear el vicio identificado con la declaración de inadmisibilidad, en razón del principio procedimental de preclusión que gobierna el ordenamiento procesal nativo, la cuestión habrá de concluirse con un pronunciamiento de *improcedencia*, pues lo subsanable se habrá convertido en insubsanable.

4. UTILIZACIÓN SIMULTÁNEA DE MÁS DE UNA CATEGORÍA BAJO EXAMEN. UN BREVE COMENTARIO SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE CUESTIÓN, PROCEDIMIENTO, SUBPROCEDIMIETO/INCIDENTE Y FASE

Es común apreciar en la práctica forense que en una sola decisión judicial se utilice más de una de las tres categorías analizadas en el presente estudio. Por ejemplo, el auto que declara *fundada* la excepción de incompetencia por materia y, a la vez, *improcedente* la demanda parecería contradecir lo que hemos venido señalando, en el sentido de que lo *fundado*, lo *procedente* y lo *admisible* tienen un contenido y un ámbito de aplicación específicos y diferenciados entre sí. Sin embargo, tal percepción inicial queda desvirtuada luego de una meditación más profunda. Veamos.

En primer lugar, luego de haber ensayado una definición, clasificado y analizado la estructura interna de la *cuestión*, que podríamos considerarla como la situación jurídica procesal sobre la que recae un acto decisorio, resulta necesario ubicar dicha figura en el contexto general de la *estructura del proceso*.

No es el caso desarrollar a profundidad el tema, sino simplemente, para los fines del presente trabajo, limitarnos a destacar que el procedimiento, como manifestación concreta del proceso, constituye el concepto matriz a partir del cual se analiza la estructura de aquél. Todo proceso contiene al menos un procedimiento

---

En la gran mayoría de casos los operadores jurídicos suelen identificar, correctamente, un reconocimiento tácito de la validez del procedimiento que contiene la cuestión (procedencia o admisibilidad) con la decisión misma sobre el fondo o mérito que recae sobre aquélla.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION438 438 4/10/2007 14:40:03

que es el que va desde la interposición de la demanda hasta la expedición de la resolución que le pone fin. Eventualmente pueden surgir otros procedimientos subalternos, denominados incidentes o subprocedimientos, que cumplen funciones específicas de acuerdo al diseño legislativo previsto por cada ordenamiento. Por ejemplo, en el caso peruano, al procedimiento principal se le pueden sumar el cautelar o el destinado al tratamiento de las excepciones.

Ahora bien, es factible afirmar que *todo procedimiento, principal o incidental, contiene al menos un tipo de cuestión, la principal.* Los que tienen esta característica se denominan *simples*. Por ejemplo, el escrito defensivo donde se deduce más de una excepción o el pedido cautelar en el que se solicita una medida de embargo en forma de inscripción y otra de secuestro conservativo respecto de un mismo bien, dan lugar, cada uno, a un subprocedimiento con más de una cuestión, pero no por ello dejarán de ser *simples*, pues contienen cuestiones de un mismo tipo, principal[11]. Por ello, definiendo a contrario, es acertado sostener que los procedimientos simples son aquellos que carecen de cuestiones previas: en el Perú, los subprocedimientos o incidentes, según se prefiera, son simples. No es posible generar articulaciones en su interior.

Por su parte, *los procedimientos que contienen (por lo menos, potencialmente) más de un tipo de cuestión son los llamados complejos*: el proceso judicial es el procedimiento complejo por antonomasia. En estos casos, como ya lo adelantamos al inicio del presente trabajo, *el procedimiento se compone de una cuestión principal y otra u otras denominadas previas*. Aquí, a su vez, cabe destacar lo siguiente: *si bien no existe procedimiento sin, al menos, una cuestión (¡la principal!), las cuestiones previas pueden desarrollarse sin necesidad de un procedimiento* ad hoc. Este hecho, lejos de poseer una significación dogmático conceptual, obedece simplemente a criterios de opción legislativa que, sin

11. Nótese que la clasificación entre procedimientos simples y complejos no es incompatible con lo mencionado en el numeral 3 en cuanto a la estructura interna de la cuestión: toda cuestión posee elementos de fondo y de validez, sin importar si es principal o previa. Por ejemplo, el procedimiento al que da lugar la excepción de incompetencia por materia tiene como elemento de fondo la dilucidación sobre si el juez de la causa es idóneo, por su especialidad, para continuar haciéndose cargo del proceso judicial. Sin embargo, si la contraparte se defiende señalando que el excepcionante no ha cumplido con adjuntar el certificado de pago de tasa que por concepto de ofrecimiento de medios probatorios debía consignar, resulta evidente que, antes de pronunciarse sobre su propia competencia (fondo de la excepción), el juez deberá resolver un aspecto ligado a la *validez* del subprocedimiento: no puede pronunciarse *válidamente* sobre la excepción sin antes resolver la controversia suscitada en torno a la exclusión de los medios probatorios ofrecidos.

A lo dicho, sin embargo, corresponde hacer la salvedad de que, como veremos a continuación, en el caso de los procedimientos complejos, todo aspecto no ligado al fondo de la cuestión principal constituye, como producto de la tradicional organización procesal de los distintos ordenamientos del *civil law*, una cuestión previa, con la predisposición o no, según la opción legislativa, de un subprocedimiento *ad hoc* para su tratamiento.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION439 439 4/10/2007 14:40:04

embargo, resulta útil no perderlos de vista. En el ordenamiento peruano, por ejemplo, los pedidos de improcedencia de la demanda por indebida acumulación de pretensiones o falta de interés para obrar, o la deducción de tachas u oposiciones dan lugar a cuestiones previas, sin necesidad de generar subprocedimientos. Así, podemos decir que, en realidad, *toda cuestión previa genera un incidente*, siendo *propios* aquellos respecto de los cuales el legislador prevé un subprocedimiento e *impropios* todos los demás.

Así como el ámbito de la cognición judicial se encuentra comprendido por la *cuestión principal* y las *cuestiones previas*, desde un plano puramente estructural, *procedimiento principal*, *incidentes propios* e *impropios* constituyen el universo de posibilidades sobre los que se desenvuelve el fenómeno procesal en el sentido más concreto de la expresión. Ninguno de los problemas fundamentales del proceso podrá ser afrontado con éxito si es que el jurista, acostumbrado a volar por los cielos del conceptualismo repetidor y fútil, no es capaz de bajar al llano y estudiar con la misma profundidad los problemas concretos que encierran cada una de las realidades descritas, la cognoscitiva y la estructural. Cualquier indagación sobre algún principio o categoría procesal debería aterrizar en aquéllas, bajo pena de no ser tomadas en serio por ninguno ¡Cuánta falta la hace a nuestra disciplina estudios semejantes! Ésta vez la responsabilidad no sólo es nacional. Por ahora no profundicemos más en el asunto y volvamos a nuestro análisis.

A efectos de que puedan ser mejor comprendidos los alcances de la clasificación que venimos esbozando, en el proceso civil peruano, por citar un ejemplo cercano, los únicos procedimientos complejos son los que se inician con la interposición de una demanda (de conocimiento, ejecutiva, tercería), todos los demás casos, es decir, los incidentes o subprocedimientos son simples.

Con estas premisas estamos en condiciones de dar respuesta a la interrogante planteada el inicio del presente apartado: ¿en qué circunstancias una resolución judicial utiliza, correcta y simultáneamente, más de una de las categorías *fundabilidad*, *procedencia* y *fundabilidad*? Siendo consecuentes con lo dicho hasta aquí, la respuesta resulta obvia: *a*) en casos donde, estando ante un *procedimiento simple* con varias cuestiones principales, el juez se encuentra en el deber de pronunciarse, en el fondo, respecto de cada una de ellas; *b*) en casos donde, estando ante un *procedimiento complejo*, el juez resuelve una *cuestión previa* (preliminar o prejudicial) cuyo resultado influye fatalmente sobre el procedimiento principal, llevándolo hacia su conclusión[12]. El ejemplo no se limita al referido líneas

12. "É possível que algumas questões sejam de *admissibilidade*, em relação a um dado procedimento, e de *mérito*, em relação a outro. Jamais uma mesma questão pode ser de *admissibilidade* e de *mérito* em relação a um mesmo procedimento". DIDIER Jr., cit., p. 75.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION440 440 4/10/2007 14:40:04

atrás sobre la excepción perentoria que es declarada fundada, pues también se equipara a tal consecuencia el caso en el que el recurso de apelación de sentencia interpuesto por el demandante derrotado en primer grado es declarado *fundado* y, en consecuencia, revocándose la apelada, se declara *fundada* la demanda. Se trata de una doble fundabilidad contenida en una misma resolución, perfectamente justificada por lo demás: la primera concluye la cuestión provocada por el recurso de apelación; la segunda se pronuncia sobre el procedimiento principal que nunca se bifurcó, sino que, con la apelación, ingresó a una segunda fase[13].

5. CONCLUSIONES

Delineadas ya, de manera general, las directrices a partir de las cuales se aplican las categorías objeto del presente estudio, podemos dar por concluida esta reflexión inicial sobre una materia que si bien formalmente está circunscrita al ámbito de la eficacia de los actos decisorios, por ser parte de la teoría general de nuestra disciplina, extiende sus alcances hacia toda la compleja trama de principios, instituciones y categorías que dan contenido al fenómeno procesal.

Creemos poder sintetizar las ideas expuestas en las siguientes proposiciones conclusivas:

– Las categorías *admisibilidad*, *procedencia* y *fundabilidad* se aplican en el ámbito de los actos decisorios, es decir, son inherentes a la actividad del juzgador.

– La *cuestión* es la situación procesal –originada a iniciativa de parte o, eventualmente y siempre que ello fuera posible, por el juez– donde se suelen confrontar las posiciones de los adversarios que, en los casos regulares, concluye con un acto decisorio.

– Dentro de toda la inmensa masa de categorías procesales, la *cuestión* es la partícula atómica que debemos identificar, aislar y desentrañar a efectos de utilizar adecuadamente las tres categorías bajo examen. El error más común

13. Los medios impugnatorios, como género, buscan la revisión, total o parcial, fondal o sobre el plano de la validez, de una decisión, es decir, del acto judicial que pone fin a una cuestión. Por tanto, no crean un nuevo procedimiento, sea principal o incidental, sino más bien constituyen la prolongación, o fase sucesiva, del procedimiento originario. Lo que sí crea, y esto no hay cómo negarlo, es una nueva cuestión. Se trata de la cuestión parida por el medio impugnatorio, que resulta instrumental y previa respecto de la cuestión principal que es objeto de revisión. Por esta razón, por ejemplo, el juez que rechaza una apelación por extemporánea (cuestión instrumental) debe ratificar la decisión que, inicialmente, se pronunció sobre la cuestión principal, confirmando su vigencia y, a menos que el ordenamiento prevea un medio impugnatorio adicional, otorgándole estabilidad.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION441 441 4/10/2007 14:40:04

que comete todo operador jurídico consiste en aplicar dichas categorías a fenómenos procesales que le son ajenos: no se discrimina en función del tipo de procedimiento (*principal* o *incidental*) ni del tipo de cuestión (*principal* o *previa*), sino, agudizando aún más nuestro lente cognoscitivo, en función del *aspecto interno* de la cuestión misma sobre el cual recae la decisión. La cuestión sólo posee dos: el *aspecto de fondo*, que se resolverá en clave de *fundabilidad* y en *aspecto ligado a la validez* del procedimiento sobre el que se desarrolla la cuestión misma y sin el cual no es posible un pronunciamiento sobre el fondo, donde se utilizarán las categorías *procedencia* y *admisibilidad*.

– Las cuestiones se suelen presentar a lo largo de todo el proceso y son objeto de múltiples divisiones. La más convincente o, al menos, la que mejor sirve a efectos de un correcto encuadramiento de las tres categorías objeto del presente estudio, es la que distingue la *cuestión principal*, que se inicia con la demanda y está destinada a extinguirse, en las situaciones típicas, con la sentencia, de las *cuestiones previas*, es decir, aquéllas cuya solución deberá producirse de modo anticipado a la conclusión del proceso. Nada obsta para que, en determinadas circunstancias, la decisión de una o más cuestiones previas se consigne en la misma decisión que finaliza el proceso, sin embargo, aún en tal supuesto, éstas resultan antecedentes de la decisión sobre la cuestión principal.

– Recapitulando entonces, la *fundabilidad* o no de una *cuestión* es la categoría que utiliza el juzgador para decidir sobre su aspecto de fondo, otorgándole la razón a alguna de las partes en juicio. Se declara fundada o infundada una demanda, una excepción, una tacha, una apelación, etc.

– Por su parte, la *procedencia* y la *admisibilidad*, en forma complementaria, se utilizan para decidir sobre todo aquello que no concierne al aspecto fondal de una cuestión, sino (en la gran mayoría de casos) a la validez de ésta o del procedimiento sobre el cual se encarrila.

– La distinción entre *procedencia* y *admisibilidad* es tan sutil que sólo existe en el plano negativo y no está referida al aspecto sobre el cual inciden (la validez de la cuestión o del procedimiento que le sirve de soporte), sino a las consecuencias procedimentales que cada una acarrea. Mientras la *improcedencia* constituye una declaración de invalidez con carácter *insubsanable* pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contiene habrán concluido indefectiblemente; la *inadmisibilidad* es también una declaración de invalidez, pero provisional, es decir, denuncia

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION442 442 4/10/2007 14:40:04

la existencia de un vicio *subsanable* y, por tanto, sin concluir la cuestión, permite al juzgador otorgar un plazo a la parte interesada para que elimine el defecto. Superada la inadmisibilidad nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal; viceversa, concluida la etapa de subsanación sin que ésta se haya producido corresponderá, naturalmente, una declaración de *improcedencia*.

Éste es el cuadro general de nuestra propuesta. Estamos seguros que posteriores indagaciones sobre los alcances del ordenamiento procesal peruano y de su inagotable casuística servirán no sólo para afinar, o contrariar quizás, lo expuesto, sino para identificar nuevos niveles de desarrollo y aplicación de esta fundamental materia para los operadores jurídicos.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION443 443 4/10/2007 14:40:04

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION444 444 4/10/2007 14:40:05

CAPÍTULO XIX

COMPETÊNCIA NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Leonardo José Carneiro da Cunha*

Sumário: 1. Introdução – 2. Competência e capacidade – 3. Competência e legitimidade – 4. Conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos – 5. Conceitos relacionados com a competência: 5.1. Poderes; 5.2. Função; 5.3. Responsabilidade; 5.4. Procedimento; 5.5. Controle – 6. Competências constitucionais e legais. Competências explícitas e implícitas (a admissibilidade constitucional das competências implícitas e o princípio da simetria) – 7. Competências exclusivas ou privativas e concorrentes – 8. Nota conclusiva sobre a competência na Teoria Geral do Direito – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Antes de constituir um tema concernente ao Direito Processual, a competência consiste num assunto relativo à Teoria Geral do Direito. Realmente, ao disciplinar a conduta humana, o ordenamento jurídico prevê atos e omissões, conferindo a entidades ou órgãos o poder jurídico ou a competência para produzir, mediante alguma atividade, conseqüências normadas[1].

Etimologicamente, competência origina-se de *compete* e *competir*[2]*,* significando *concorrer com outro* ou, ainda, *simetria, proporção.* Daí por que as regras de competência estabelecem os casos em que determinado órgão deve atuar e exercer sua função, constituindo um limite imposto ao exercício válido e regular do poder, legitimando-o. Por isso, só importa considerar a competência quando haja *mais de um* órgão ou centro de poder, estando ligada à idéia de separação ou de divisão de poder[3]. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, a competência

---

(*) Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Professor do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco, Procurador do Estado de Pernambuco, Advogado e Consultor Jurídico.

1. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 16-18.
2. ROSAL, Manuel Pelaez del. *La competencia territorial en el proceso civil:* el acuerdo de sumisión expresa. Barcelona: Ariel, 1974, p. 37.
3. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 141, p. 263. Com efeito, somente se pode falar de incompetência, quando o exercício de um mesmo poder for repartido entre mais de um órgão, de sorte que a incompetência se verifica quando um dos órgãos desborda dos limites de suas atribuições, invadindo a esfera de atuação de outro órgão (CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile.* Padova: Cedam, 1950, p. 20).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION445 445 4/10/2007 14:40:05

delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizacional relativamente a outra[4].

Em termos gerais, a competência, reduzida à expressão mais simples, pode ser identificada como "o conjunto de poderes funcionais definido por lei ou regulamento"[5].

A competência, como se vê, se traduz num poder jurídico ou, melhor dizendo, numa atribuição de poder. Toda atribuição de competência representa, a um só tempo, uma *autorização* e uma *limitação*[6]. Ao se conferir competência a algum órgão, está-se outorgando-lhe uma autorização para o cumprimento de uma função específica, limitando-se essa função. Daí não haver competência ilimitada. Enfim, a competência autoriza o exercício de determinadas funções e, ao mesmo tempo, impõe uma limitação, no sentido de que outras funções estão expressamente vedadas, enquanto contidas fora da moldura legal da competência[7].

Costuma-se dizer que a competência constitui uma parcela de poder que se atribui ao órgão para sua atuação. O termo *parcela* pode ser mal compreendido, sendo recomendável evitar sua utilização. A competência não confere parte de um poder, deixando de conferir a outra parte. As regras de competência conferem as condições para a oportunidade em que o órgão pode exercer *todo* o poder, e não parcela dele.

A competência é, para parte da doutrina, conferida ao titular das funções ou do poder jurídico por uma *norma de habilitação,* assim denominada por *habilitar* o órgão para o exercício de uma função específica e tipificada[8]. Para outra parte da doutrina, a norma de *habilitação* consistiria em conferir ao titular da competência o poder de delegá-la. Quer isto dizer que a competência é intransferível, podendo seu exercício, contudo, ser delegado, desde que haja norma expressa assim prevendo. Tal norma, que prevê a delegação do exercício da

4. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 503.
5. PINHO, José Cândido de. *Breve ensaio sobre a competência hierárquica.* Coimbra: Almedina, 2000, p. 10. Na lição de Jorge Miranda, a competência identifica-se com o "complexo de poderes funcionais cometidos ao órgão, parcela de poder público que lhe cabe." *(Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 140, p. 262). Segundo esclarece J. J. Gomes Canotilho, deve-se entender por competência "o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos." *(Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 503).
6. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo V – Actividade Constitucional do Estado. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, n. 17, II, p. 58.
7. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 91.
8. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION446 446 4/10/2007 14:40:05

competência, é chamada, por alguns, de *norma de habilitação.*[9] Por sua vez, a norma que confere competência seria uma norma *criadora* ou *atributiva* de competência[10]. Nada impede que o mesmo diploma legal contenha os dois tipos de normas, sendo, a um só tempo, lei de competência e lei de habilitação.[11]

Independentemente da denominação que se utilize, o certo é que a competência depende de previsão normativa.

Tradicionalmente, costuma-se dizer que é de direito público o regime jurídico das competências[12]. Com efeito, quando a doutrina se refere a pessoas físicas e jurídicas privadas, invoca a *capacidade,* ao passo que, referindo-se às pessoas jurídicas de direito público, a alusão que se faz é à *competência*. Tais referências conduzem à idéia de que a competência estaria relacionada com o direito público, enquanto a capacidade, ao direito privado. A distinção, contudo, é confusa. Se, por exemplo, o diretor presidente de uma sociedade anônima – que é uma pessoa jurídica de direito privado – subscreve um documento para o qual não estava autorizado pela assembléia geral, estará agindo fora do âmbito de sua competência[13].

Na verdade, a competência pode referir-se não apenas a entes públicos, mas igualmente a pessoas jurídicas de direito privado[14]. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., a competência é "o poder jurídico atribuído pelo estatuto da pessoa jurídica (pública ou privada) a seus órgãos. É, pois, um conceito típico das organizações burocráticas".[15] As regras que estabelecem o modo pelo qual a vontade da pessoa jurídica se forma ou se tomam as deliberações são, por muitos, denominadas de regras de *representação,* as quais estariam disciplinando o modo de agir dos órgãos que representariam a entidade. Nesse sentido, o termo representação é considerado, pela doutrina especializada, errôneo, não devendo

9. PINHO, José Cândido de. *Ensaio sobre a competência hierárquica.* Coimbra: Almedina, 2000, n. 3, p. 12.
10. *Ibidem,* p. 12.
11. *Ibidem,* p. 13.
12. SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo civil.* Atualização de Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1907, § XXVIII, p. 28.
13. A explicação e o exemplo são de: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, n, 4.2.5.4, p. 159.
14. *"Mutatis mutandis,* pode também aludir-se a competência quanto às pessoas colectivas de direito privado, na medida em que se torna necessário ou conveniente distinguir e distribuir por diversos órgãos o seu poder, seja associativo, fundacional ou societário (um poder que não é poder público, mas que não deixa de ser poder em relação aos membros ou aos beneficiários)." (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo V – Actividade Constitucional do Estado. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, n. 16, p. 55).
15. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, n, 4.2.5.4, p. 159.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION447 447 4/10/2007 14:40:05

haver analogia entre a forma e o poder de atuação dos órgãos de uma pessoa jurídica e, por exemplo, a situação de um menor sujeito à tutela. Este último caso, sim, caracterizaria uma representação[16].

Segundo José Cândido de Pinho, somente a lei e o regulamento podem conferir competência.[17] No direito privado, a competência do órgão é definida por seu regulamento ou estatuto ou convenção, enquanto, no direito público, depende de previsão legal, devendo estar enunciada em lei formal, em lei no sentido estrito, não se admitindo que haja competência fixada em norma infralegal, a exemplo de portarias, resoluções, circulares, instruções normativas etc.[18]

A competência relaciona-se com o poder ou funções exercidas pelo *órgão* de determinada pessoa jurídica, seja ela pública ou privada. O que interessa é que o órgão está atuando, dentro dos poderes ou atribuições que lhe foram conferidos. Se a pessoa que nele atua foi investida corretamente é o quanto basta. Não varia, contudo, o órgão, se mudou a pessoa física que o conduz ou que nele atua.

Sendo exercício ou manifestação de poder jurídico, a competência tem ingentes pontos de contato com a capacidade. A propósito, Kelsen chega a identificar a competência como uma capacidade jurídica, de forma que não haveria distinções entre elas.[19] Não é sem razão, aliás, que, no âmbito judicial ou processual, a competência é identificada como a *capacidade* do juiz para conhecer de um determinado litígio.[20]

---

16. Neste caso, a representação "deriva de uma incapacidade do menor, pelo que à vontade que nêle falta se substitue a vontade do seu representante. Pelo contrário, não corresponde a uma incapacidade de agir da entidade a sua representação, e a vontade dos órgãos mediante os quais ela se faz não é uma vontade diversa, que substitua a vontade própria dessa entidade." (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil.* vol. I. Tradução da 6 ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934, § 43º, p. 463). Daí a clássica e notória a afirmação feita por Pontes de Miranda, segundo a qual os órgãos *presentam* (e não representam) a pessoa jurídica, pois esta está *presente* nos seus órgãos, os quais manifestam a vontade da própria pessoa jurídica. Eis a sua lição: "O órgão da pessoa jurídica não é representante legal. A pessoa jurídica não é incapaz. O poder de presentação, que ele tem, provém da capacidade mesma da pessoa jurídica; por isso mesmo, é *dentro* e *segundo* o que se determinou no ato constitutivo, ou nas deliberações posteriores." (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado.* Tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, § 97, pp. 482-483).
17. *Ensaio sobre a competência hierárquica.* Coimbra: Almedina, 2000, n. 2, pp. 10-11.
18. A competência, no direito público, deriva diretamente da Constituição Federal ou da legislação. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997, n. 7.7.1, p. 169; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 23 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 133; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo***.** 2 ed. São Paulo: Altas, 2005, n. 5.7, pp. 127-128.
19. *Teoria geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 129-131.
20. PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de la competencia:* principios y normas generales, 1ª parte. Buenos Aires: Ediar, 1954, n. 126, p. 297. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. assevera que "competência é a capacidade

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION448 448 4/10/2007 14:40:05

Tanto a competência como a capacidade são formas de aptidão para o exercício de comportamentos regulados por normas jurídicas. Diante da forte aproximação entre a competência e a capacidade, a ponto de vários autores identificarem uma como espécie da outra ou, ainda, como sendo a mesma coisa, cumpre, antes mesmo de prosseguir no exame da competência, compará-la com a capacidade e, igualmente, compará-la com a legitimidade, a fim de melhor precisar seu conteúdo e melhor delimitar sua dimensão, no que restará melhor situada dentro da Teoria Geral do Direito.

2. COMPETÊNCIA E CAPACIDADE

Não são poucos os doutrinadores que consideram a *capacidade* como a nota definidora do conceito jurídico de pessoa. Com efeito, para muitos, o direito, ao se referir a "pessoa", não utiliza o sentido ético da palavra, identificando-a com a capacidade jurídica.[21] Por isso, a quem se confere personalidade, outorga-se igualmente capacidade. Em outras palavras, quem tem personalidade tem, somente por isso, capacidade jurídica. Daí por que o Código Civil brasileiro, em seu art. 1º, dispõe que toda *pessoa* é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

De acordo com Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, o sujeito de direitos é a pessoa. Personalidade é a qualificação de ser pessoa; ter personalidade significa poder ser sujeito de direitos e deveres jurídicos[22]. Segundo Pontes de Miranda, "personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções". Personalidade, para Pontes de Miranda, é "ser capaz de direito"[23].

A personalidade não se confunde, todavia, com a capacidade.

Para alguns, a personalidade constitui-se de (a) capacidade de direito, (b) capacidade de fato e de um (c) patrimônio (material e moral).[24]

---

de quem exerce poder" *(Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo.* São Paulo: Saraiva, 2005, n. 10.2.1, p. 150).

21. LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general.* Tradução de Miguel Izqierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978, p. 168.
22. *Tratado de direito civil brasileiro.* Vol. I – Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, n. 141, pp. 505-506.
23. *Tratado de direito privado.* Tomo I, atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, § 48, p. 209. Também entendendo que o conceito de personalidade coincide com o de capacidade jurídica: RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil.* vol. I. Tradução da 6 ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934, § 35º, pp. 339-341.
24. BARRETO, Wanderlei de Paula. *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral.* Vol. I. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 2 ao art. 1º, pp. 38-39.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION449 449 4/10/2007 14:40:06

Conquanto se afirme que a capacidade seja um elemento da personalidade, nem sempre que haja capacidade deve existir, necessariamente, personalidade. Em algumas hipóteses, o legislador entende desnecessário atribuir personalidade a alguns entes, mas lhes assegura capacidade jurídica e processual. Assim, por exemplo, o condomínio, a massa falida, o espólio e outros tantos, embora não desfrutem de personalidade jurídica, têm capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, podendo, até mesmo, ser parte em juízo, ativa ou passivamente. Tais entes não são pessoas, mas são sujeitos de direito, podendo ser titulares de poderes, deveres, direitos, ônus e faculdades, de índole material ou processual[25].

Daí se infere que há sujeitos de direito que não são pessoas. Tais sujeitos não são pessoas, mas se lhes atribui capacidade jurídica, porque (a) sua existência se caracteriza pela transitoriedade e fugacidade, não se recomendando seja-lhes deferida personalidade jurídica, que exige duração temporal com certa estabilidade, e, ainda, pela (b) necessidade de se conferir segurança às relações jurídicas, garantindo o exercício de pretensões de terceiros contra tais sujeitos desprovidos de personalidade jurídica[26].

Isso poderia causar a impressão de que haveria "pesos" ou "graus" de personalidade. O que se percebe, entretanto, é que a personalidade jurídica não sofre variações: ou o sujeito a tem ou não a tem; ou ele é ou não é pessoa.

A pessoa tem capacidade jurídica, que é a capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações. Nem sempre, contudo, a pessoa tem capacidade para *exercer,* sozinha, sua aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações. Nesse caso, o sujeito tem a capacidade jurídica, mas não dispõe, total ou parcialmente, da capacidade de fato ou de exercício, que também é chamada de capacidade de ação; diz-se, então, que a pessoa é absoluta ou relativamente incapaz. Essa incapacidade pode ser complementada pela representação ou assistência: os absolutamente incapazes devem ser representados, enquanto os relativamente incapazes, assistidos.

---

25. Interessante e esclarecedor é o texto de José Carlos Barbosa Moreira sobre ser o nascituro titular de direitos. Mesmo ainda não tendo personalidade, o nascituro desfruta de direitos, sobretudo do direito à vida (O direito do nascituro à vida. *Repertório de Jurisprudência IOB* – 2ª quinzena de dezembro de 2005, n. 24/2005, volume III, 23336, pp. 740-736).
26. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 127. Essa situação de transitoriedade que desaconselha a atribuição de personalidade jurídica a alguns sujeitos de direito não guarda pertinência com o condomínio edilício, que desfruta de duração temporal com certa estabilidade. Deveria, então, ser conferida personalidade jurídica ao condomínio edilício. O condomínio não tem, contudo, personalidade, mas é sujeito de direito, dotado de capacidade jurídica (*Ibidem,* nota de rodapé n. 235, p. 128).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION450 450 4/10/2007 14:40:06

Quando a pessoa tem capacidade para, por si mesma, adquirir direitos e contrair obrigações, diz-se que ela é plenamente capaz; nesse caso, está presente a somatória das capacidades jurídica e de fato.

A capacidade jurídica, como se vê, é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Já a capacidade de fato é a aptidão para o *exercício* de comportamentos regulados juridicamente. Nesse ponto, a capacidade de fato ou de exercício mantém afinidade com a competência, de vez que a competência também constitui uma aptidão para o *exercício* de comportamentos regulados juridicamente.

Poder-se-ia dizer que tanto a competência como a capacidade de exercício seriam formas de poder jurídico. A *capacidade de exercício*, contudo, difere do *poder jurídico,* constituindo conceitos distintos. O *poder,* ora designa o conteúdo *ativo* dos direitos (o que se pode fazer ou pretender em razão de direitos reconhecidos), ora indica a habilitação de alguém para agir. Já a *capacidade* significa a *aptidão genérica,* sendo, então, uma situação *passiva*[27] – uma simples *subjetividade* jurídica. Em outras palavras, a capacidade de exercício constitui uma situação estática, sendo o poder jurídico uma situação dinâmica, é dizer, o poder jurídico constitui a capacidade de fato sendo efetivamente exercida[28].

É por isso que a capacidade de exercício não se transfere, nem se delega, nem se transmite. O que se delega são os *poderes jurídicos* para fazer ou agir em razão da capacidade que se tem. O poder é o desenvolvimento de uma capacidade de exercício. Se o sujeito tem capacidade de celebrar um contrato, ele tem, na verdade, a possibilidade, em abstrato, de praticar tal negócio. Ao consumar tal capacidade ou exercitá-la, estará exercendo um poder jurídico. Em outras palavras, a capacidade constitui uma situação *passiva,* estando o *poder jurídico* relacionado com a *esfera ativa* da capacidade. O poder jurídico é, enfim, a concretização da capacidade; é ela posta em exercício ou em prática, sendo sua manifestação[29]. Daí se dizer que, mediante a subscrição de uma procuração, o que se faz é outorgar *poderes,* e não capacidades[30].

Da mesma forma que a capacidade de exercício, a competência também não se transfere. Ao definir e conferir a um certo órgão determinada competência, o

27. RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, n. 34, p. 113.
28. Pelo exercício do poder, o direito passa de estático a dinâmico (MANES, Humberto de Mendonça. *A legitimidade negocial: premissas básicas.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982, p. 16).
29. RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, n. 34, p. 113.
30. "O poder, como desenvolvimento ou exercício ativo e efetivo da capacidade, pode ser delegado por via da representação e, em conseqüência, cabe indagar se a pessoa incapaz de, por si, praticar atos voluntários geradores de efeitos jurídicos, pode praticá-los em nome e conta de outrem que, para tanto, poderes lhe transmite." (RÁO, Vicente. *Ob. cit.,* pp. 113-114).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION451 451 4/10/2007 14:40:06

legislador quis que somente ele a detivesse, dela sendo seu único titular. Assim como a competência não pode ser vendida, comprada ou alienada a qualquer título, seu titular originário não pode, igualmente, dela abdicar por renúncia[31]. O que se chama, geralmente, de competência delegada é, na realidade, uma transferência de *exercício* da competência, tanto que o órgão delegado exerce uma competência que não é sua, que não é própria, mas do delegante, em virtude de um ato de transferência, permitido por uma *norma de habilitação*[32]. O que se transfere, insista-se, não é a competência, mas seu exercício, razão pela qual o delegante pode avocar e revogar os atos praticados pelo delegado[33].

Diante dessa afinidade entre competência e capacidade de exercício, poderia parecer adequado asseverar que a competência constitui, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, uma "capacidade de direito público atribuída a titular de função ou cargo públicos que o habilita a praticar atos jurídicos de exercício de poderes e atribuições inerentes ao órgão público a que aquele cargo ou função diga respeito"[34]. A competência, nessa perspectiva, poderia ser entendida como uma espécie de capacidade de exercício[35].

Sendo uma espécie de capacidade de exercício, a competência não diz respeito, individualmente e *in genere,* a pessoas, mas a quem esteja no efetivo exercício e regular desempenho da função ou do cargo público[36]. É possível, todavia, distinguir a competência da capacidade de exercício. A capacidade, como visto, é aptidão das pessoas – ou de sujeitos de direito – para a prática dos atos jurídicos respeitantes à aquisição e ao exercício de direitos subjetivos, consistindo numa situação jurídica *subjetiva*. A competência, por sua vez, constituiria uma capacidade de exercício, mas uma capacidade *objetiva,* não se relacionando com a *pessoa* que exerce a função pública, mas com o órgão em que atua[37].

Com efeito, o titular da competência é o órgão, e não a pessoa que ali exerce suas funções. O órgão deve ter competência. É necessário, ademais, que a

31. PINHO, José Cândido de. *Breve ensaio sobre a competência hierárquica.* Coimbra: Almedina, 2000, n. 2, p. 11.
32. *Ibidem*, n. 3, p. 12.
33. *Ibidem,* n. 3, p. 13. Segundo esclarece Hely Lopes Meirelles, "só é delegável a competência para a prática de atos e decisões administrativas, não o sendo para o exercício de atos de natureza política como são a proposta orçamentária, a sanção e o veto. Também não se transfere por delegação o poder de tributar." (*Direito administrativo brasileiro.* 23 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 610). A atividade jurisdicional também não se delega, não cabendo ao juiz transferir o seu poder de julgar, mercê do que se chama, em doutrina, de princípio da indelegabilidade.
34. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 119.
35. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 92.
36. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 119.
37. RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, n. 38, pp. 122-123.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION452 452 4/10/2007 14:40:06

pessoa que exerce suas funções no órgão tenha capacidade de agir. Se um diretor de uma pessoa jurídica é incapaz, não terá validade o ato jurídico praticado, não obstante caiba ao diretor a prática daquele ato. Em outras palavras, o órgão de direção pode ter competência, mas seu integrante ou titular (que é o diretor) pode não ter capacidade de agir. Pode-se dizer, então, que a competência pressupõe a capacidade do agente que integra o órgão ou a pessoa jurídica, sendo um *plus* em relação à capacidade.

Daí ser corrente a afirmação segundo a qual, no direito público, não basta a capacidade, sendo igualmente necessária a competência: quem tem capacidade para a prática dos atos públicos é a pessoa jurídica de direito público, devendo as funções que comportem a cada um deles ser exercidas pelos órgãos que a compõem[38].

Em razão da capacidade de exercício, o sujeito tem aptidão para agir por si próprio, de acordo com seus próprios interesses, acarretando o exercício de um poder jurídico de auto-vincular-se e, portanto, um poder não qualificado (todos o tem), autônomo (obriga a própria pessoa), sendo discricionário (exerce-se livremente) e transferível (transmite-se a outros). Por sua vez, a *competência* constitui uma aptidão para o exercício de comportamentos pertinentes a relações jurídicas de terceiros, sendo, então, a manifestação de um poder qualificado (conferido apenas a certos órgãos), heterônomo (exerce-se não para si próprio, mas para outro), vinculado (não se exerce livremente) e intransferível (não pode ser transmitido; apenas delegado)[39].

É evidente a proximidade e a afinidade existentes entre a capacidade de exercício e a competência. Não se confundem, entretanto.

Os traços já acentuados demonstram que os institutos se diferem. Enquanto a capacidade de agir constitui uma *aptidão genérica* para que se possa, por si mesmo, adquirir direitos e contrair obrigações, podendo o agente capaz titularizar – pessoalmente inclusive – direitos, deveres, ônus, poderes, situações, a

38. "O elemento da competência administrativa anda lado a lado com o da *capacidade* no direito privado. Capacidade, como não desconhecemos, é a idoneidade de atribuir-se a alguém a titularidade de relações jurídicas. No direito público há um *plus* em relação ao direito privado: naquele se exige que, além das condições normais necessárias à capacidade, atue o sujeito da vontade *dentro da esfera que a lei traçou.* Como o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 100). No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 169.

39. Todas essas explicações são dadas por: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, n, 4.2.5.4, pp. 159-160.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION453 453 4/10/2007 14:40:06

competência ostenta a feição de uma *aptidão específica,* diante de uma função ou de um objeto próprio. Além do mais, há, em princípio, um detalhe que impõe seja a competência tratada diferentemente da capacidade: o incapaz, uma vez representado, pode praticar o ato, adquirindo direitos e contraindo obrigações. O órgão incompetente, por seu turno, não pode, em princípio, ser representado ou ter suprida sua incompetência pela representação. O incapaz pode praticar o ato, devendo, contudo, estar representado. O incompetente não pode praticar o ato, mesmo que esteja representado; aliás, não há que se falar em representação, quando se está diante de uma incompetência[40]. A capacidade é a aptidão genérica e subjetiva para adquirir direitos e contrair obrigações, enquanto a competência constitui a parcela de poder ou de funções atribuídas a determinado órgão para a prática de atos jurídicos. Pode-se, até mesmo, utilizar a expressão *capacidade objetiva* ou de *exercício* para identificar a competência[41], mas é preciso deixar assente a idéia de que a competência não se confunde com a capacidade, pois a representação supre a ausência desta, não havendo "representação" para órgão incompetente poder praticar suas funções.

Não é demais insistir: a distinção básica entre capacidade e competência consiste na circunstância de a capacidade ser uma *aptidão genérica* para a prática de atos jurídicos, enquanto a competência *não* ostenta essa generalidade: constitui uma *aptidão específica,* assemelhando-se muito à legitimidade. Daí a necessidade de se comparar a competência com a legitimidade.

3. COMPETÊNCIA E LEGITIMIDADE

A legitimidade não é um conceito apenas jurídico. Aliás, quando se alude a legitimidade, logo ressalta sua dimensão sociológica, diretamente vinculada ao fenômeno da dominação. A referência ao termo *legitimidade* relaciona-se, imediatamente, à forma de justificação do poder político[42]. A origem e a situação

40. "WILHELM SAUER *(Grundlagen,* 363 s.) empregou termos como *capacidade judicial,* à semelhança da capacidade de ser parte, e *capacidade processual do juiz,* à semelhança de capacidade processual da parte. A terminologia não merece acolhida: competência não é capacidade, é poder, é função. O incapaz pode comprar, vender; apenas por ser incapaz, alguém o representa, ou a ele assiste. O juiz, que não tem competência para conhecer e julgar da espécie, não pode conhecer e julgar: não é incapaz." (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Tomo II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 159).

41. Há quem entenda que existem capacidades gerais e capacidades especiais. No âmbito judicial, haveria capacidade geral do juiz, ao ser investido de jurisdição, aplicando-se as normas sobre o ordenamento judiciário. Já a capacidade especial do juiz se concretizaria na possibilidade de exercitar no caso concreto a jurisdição, aplicando-se as normas sobre competência. Enfim, sob essa perspectiva, a competência seria uma capacidade especial do órgão jurisdicional (ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile.* Vol. I. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1947, p. 198).

42. ITALIA, Vittorio. *Cosa è il diritto?* Elementi di base per comprenderlo. Milano: Giuffrè, 2003, p. 26.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION454 454 4/10/2007 14:40:07

do poder são justificadas pela legitimidade[43]. Daí se dizer que a legitimidade constitui uma qualidade que se agrega ao poder[44]. O poder se exerce com ou sem legitimidade. É esta que o justifica[45].

Essa noção de legitimidade, que é essencialmente sociológica, também está presente no campo jurídico[46]. A legitimidade, seja no âmbito sociológico, seja no âmbito jurídico, constitui uma *qualidade* que se *agrega* ao *exercício* do poder. Realmente, a legitimidade, em termos jurídicos, equivale a uma qualidade agregada ao agente, decorrente de uma situação de fato, para que ele possa exercer direitos, poderes, ônus ou faculdades[47].

A legitimidade ou legitimação pode ser definida, nas palavras de José Paulo Cavalcanti, como "uma relação particular do sujeito com o objeto do negócio ou de outro ato jurídico ou como a competência para obter ou ressentir os efeitos do negócio, em decorrência de uma específica posição do sujeito relativamente aos interesses que se trata de regular"[48].

Pode a legitimidade ser definida como a *pertinência* ao atuante de uma relação jurídica. A legitimidade consiste numa aptidão subjetiva para a prática de atos jurídicos. Nesse ponto, identifica-se com a capacidade de exercício, eis que ambas constituem uma aptidão subjetiva para a prática de atos jurídicos.

Não obstante haver tal semelhança, a legitimidade não se confunde com a capacidade de agir. Enquanto esta última, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello,

> […] constitui um estado pessoal relacionado ao poder de, pessoalmente, exercer os direitos e praticar os atos da vida civil, a legitimação consiste em uma posição do sujeito relativamente ao objeto do direito, que se traduz, em geral, na titularidade do direito, posição esta que tem como conteúdo o poder de disposição, bem assim o poder de aquisição.[49]

---

43. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, p. 5.
44. *Idem,* p. 5.
45. *Ibidem,* p. 5.
46. Atribui-se a Francesco Carnelutti a tarefa de ter conceituado e sistematizado, na Teoria Geral do Direito, a legitimidade ou legitimação, como esclarece José Paulo Cavalcanti (*Sobre legitimação, ato jurídico em sentido estrito e outros temas.* Recife: composto e impresso nas oficinas de Mousinho Artefatos de Papel Limitada, 1972, p. 18).
47. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979*,* pp. 6-7.
48. *Sobre legitimação, ato jurídico em sentido estrito e outros temas.* Recife: composto e impresso nas oficinas de Mousinho Artefatos de Papel Limitada, 1972, p. 12.
49. *Teoria do fato jurídico: plano da validade.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 11, p. 29.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION455 455 4/10/2007 14:40:07

Significa, então, que a capacidade é atributo de uma pessoa ou de um sujeito de direito, que poderá, em razão dela, adquirir direitos e contrair obrigações. Diversamente, a legitimidade ou legitimação permite que alguém possa agir em *certa situação* e perante outra pessoa determinada[50]. Em outras palavras, capacidade é um *ser*; legitimidade, um *estar em face de*[51].

Enfim, a capacidade é a aptidão *genérica* para a prática de atos jurídicos, ao passo que a legitimidade ou legitimação consiste na aptidão *específica* para a prática de determinado ato, diante de uma situação jurídica e perante dada pessoa. A legitimidade é, como se percebe, uma pertinência, que consiste numa qualificação jurídica ou qualificação normativa[52].

À evidência, a legitimidade é "a posição do sujeito quanto ao objeto do negócio jurídico"[53]. O proprietário, por exemplo, tem legitimidade para alienar seu bem. A pessoa que não ostenta a condição de proprietário tem capacidade para os atos da vida civil, mas não pode vender o bem, justamente por não ser proprietária. Significa que, neste caso, aquele que não é proprietário está desprovido de legitimidade para a prática do ato. Diz-se, então, que o ilegítimo é *terceiro*[54], alheio ao objeto ou à respectiva situação jurídica.

Não é insólito, contudo, a lei atribuir legitimação (legal e judicial) a quem não tem titularidade do direito ou do bem, podendo, por exemplo, quem não seja proprietário vender o bem, em razão da legitimidade conferida pela lei. É possível, ainda, que a legitimação seja conferida por um negócio jurídico[55]. Vale

50. A legitimidade decorre de uma posição do sujeito diante de um objeto e perante outra pessoa determinada. Há, enfim, duplo aspecto no exame da legitimidade: um objetivo e outro subjetivo. Daí por que se diz que a legitimidade constitui o pressuposto *subjetivo-objetivo* do negócio jurídico (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 221).
51. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa.* São Paulo: Saraiva, 2000, n. 2.2, p. 71.
52. Contestando a teoria de Carnelutti, para quem haveria casos de "legitimação de fato", a par das hipóteses de "legitimação de direito", Torquato Castro assevera que não há "legitimação de fato", pois "a identificação da pessoa a quem deva caber a investidura em certa posição de direito é nimiamente problema de *qualificação jurídica,* ou *qualificação normativa.* Cabe tão-só à norma qualificar *sujeito, objeto* e *relações,* que operam em cada situação jurídica concreta." (*Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito.* São Paulo: Saraiva, 1985, p. 94).
53. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado.* Tomo IV, atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, § 388, p. 172. No mesmo sentido: MANES, Humberto de Mendonça. *A legitimação negocial: premissas básicas.* Rio de Janeiro, Liber Juris, 1982, pp. 55-56.
54. "*Terceiro* é, por definição, todo aquele que diretamente não recebe título de sujeito para participar de determinada situação jurídica. Ainda *terceiro* não será aquele que sucede a outro na mesma posição jurídica, sem quebra do título originário." (CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito.* São Paulo: Saraiva, 1985, p. 101).
55. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 11, p. 30.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION456 456 4/10/2007 14:40:07

dizer que a legitimação pode, excepcionalmente, ser conferida a quem não seja titular do direito. A legitimação para a causa somente pode ser conferida por lei; ninguém pode, salvo se houver lei assim prevendo, postular, em nome próprio, direito alheio (CPC, art. 6º)[56].

Ao titular do direito ou do dever se confere legitimidade ordinária ou de primeiro grau, sendo a legitimidade contingente ou de segundo grau conferida a quem não seja o titular do direito ou do dever[57].

Por aí já se percebe que a capacidade não se confunde com a legitimidade, justamente por haver situações em que pode existir a capacidade, embora não sobressaia a presença da legitimidade. Em outras palavras, "legítima é a parte em razão de sua titularidade, ativa ou passiva, criada pela relação que já se estabeleceu; é legitimada a parte que a lei considera habilitada para estabelecer certa relação"[58].

A capacidade é sempre plena, não se restringindo. Se o sujeito for incapaz, poderá suprir sua incapacidade pela representação ou assistência. Havendo, todavia, restrição à prática de atos jurídicos em função de uma situação do sujeito relativamente ao objeto, tal restrição concerne à legitimidade, e não à capacidade. A legitimidade, enfim, é essencialmente *limitada,* exatamente por decorrer da situação jurídica do sujeito em face a um objeto do ato jurídico. É por isso que legitimidade não tem a amplitude que caracteriza a capacidade[59].

Tome-se como exemplo a capacidade conferida a uma pessoa física. Esta, não sendo relativa nem absolutamente incapaz, tem aptidão genérica para, pessoalmente, contrair matrimônio com outrem. Não se permite, contudo, que uma pessoa case-se com um irmão seu. Embora a pessoa tenha plena capacidade jurídica, podendo casar-se com outrem, não poderá *em face daquela pessoa* (seu irmão) contrair matrimônio. Significa que, nessa hipótese, a pessoa tem plena capacidade, mas não dispõe de legitimidade para casar-se com seu irmão.

A legitimidade, portanto, poderia ser diferenciada da capacidade de exercício, na medida em que esta última constitui uma *aptidão genérica* para a prática

56. "O direito brasileiro só permite a substituição processual legal, não a voluntária, sendo inválida cláusula contratual que a estipular fora dos casos expressos na lei ou decorrentes do sistema." (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 9 ed. São Paulo: RT, 2006, n. 4 ao art. 6º, p. 152)
57. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pp. 222-223.
58. RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, n. 36, p. 118.
59. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, pp. 16-17.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION457 457 4/10/2007 14:40:07

de atos jurídicos pela pessoa ou pelo sujeito de direito, enquanto aquela se configura sempre que se questiona, não a aptidão genérica da pessoa ou do sujeito para se tornar integrante de relações jurídicas, mas sobre sua competência para assumir uma posição ativa ou passiva da concreta relação jurídica que o negócio deveria constituir[60]. Enfim, segundo essa distinção, enquanto a capacidade tem cunho abstrato, a legitimidade supõe certa relação entre o sujeito e o conteúdo concreto do ato.

Tal distinção parece inexata, pois

> […] as normas relativas às hipóteses da chamada falta de legitimação são tão abstratas quanto as relativas à incapacidade de direito; como são, também, abstratas as normas relativas à incapacidade de fato.[61]

A legitimidade é relevante para solucionar problemas resultantes de atos praticados em razão de uma situação fática asseguradora de *aparente* titularidade de uma relação jurídica legitimante, justificando a chamada teoria da aparência[62]. Assim, tendo em vista a tutela da boa-fé de terceiros, a legitimidade contribui para resolver impasses decorrentes, por exemplo, da situação do herdeiro aparente no direito privado e a do funcionário de fato, no direito administrativo[63].

Sobreleva a importância da legitimidade, na Teoria Geral do Direito, por ser requisito indispensável à perfeição do ato jurídico. Havendo ilegitimidade do sujeito, o ato por ele praticado será ineficaz[64]. A incapacidade conduz à invalidade do ato, ao passo que a ilegitimidade pode acarretar somente a ineficácia ou, ainda, a invalidade[65].

Há, na realidade, uma disparidade do tratamento legislativo, exsurgindo casos em que a falta de legitimidade implica invalidade, enquanto, noutros, ineficácia[66].

---

60. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 221.
61. CAVALCANTI, José Paulo. *Sobre legitimação, ato jurídico em sentido estrito e outros temas.* Recife: composto e impresso nas oficinas de Mousinho Artefatos de Papel Limitada, 1972, p. 15.
62. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 229.
63. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, p. 10.
64. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, p. 15.
65. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 11, p. 32.
66. CAVALCANTI, José Paulo. *Sobre legitimação, ato jurídico em sentido estrito e outros temas.* Recife: composto e impresso nas oficinas de Mousinho Artefatos de Papel Limitada, 1972, p. 20. No mesmo

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION458 458 4/10/2007 14:40:08

À evidência, a legitimidade é necessária à eficácia do ato ou negócio jurídico. A legislação pode, contudo, estabelecer que sua falta acarreta a invalidade[67]. Alguns doutrinadores defendem que a falta de legitimidade gera, essencialmente, ineficácia; outros dizem que sua ausência enseja invalidade. Tal dissenso somente revela a falta de unidade conceitual quanto ao tema.

O que importa, em suma, é que a legitimidade afigura-se essencial à prática do ato, acarretando sua ineficácia ou invalidade, a depender da conseqüência atribuída por lei à sua ausência.

Consoante já restou acentuado, a capacidade tem feição abstrata, enquanto a legitimidade supõe certa relação entre o sujeito e o conteúdo concreto do ato. Já se viu que tal distinção é inexata, na medida em que as normas relativas à legitimação são tão abstratas como aquelas pertinentes à capacidade.

---

sentido, no Direito italiano: PETRELLI, Gaetano. *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi.* Milano: Giuffrè, 2000, pp. 491-492. No particular, merece registro a lição de Marcos Bernardes de Mello, que assim se manifesta, sendo conveniente destacar que as referências por ele feitas dizem respeito ao Código Civil de 1916:

"As conseqüências da incapacidade e da falta de legitimidade também são diferentes. Enquanto a incapacidade leva, sempre, à invalidade, a falta de legitimação pode acarretar *a*) somente a indeficácia do negócio jurídico em relação ao titular do bem ou direito de que se dispôs, ou, em algmas espécies, (*b*) a nulidade, como ocorre na transmissão, pela efetiva tradição do bem móvel.

(*a*) Se a venda de bem móvel ou imóvel é feita por *non domino,* o negócio jurídico da compra-e-venda é válido e eficaz entre os seus figurantes (= vendedor e comprador), porém ineficaz em relação ao dono. Se, no caso de bem móvel, seguir-se a tradição, há nulidade da transmissão e cabe a sua *vindicação (ação de vindicação*). Se do bem imóvel houve transmissão (registro do acordo de transmissão), cabe a retificação do registro (Código Civil, art. 967) ou a *reivindicação* (*ação reivindicatória*) por parte do titular, salvo a hipótese do art. 968, *caput,* do Código Civil.

(*b*) A transmissão ou promessa de transmissão de bem sobre o qual existe limitação ou restrição com eficácia real de alienar é nula.

(*c*) Também é nula a aquisição por pessoa impedida de fazê-lo (= sem legitimação para adquirir), de que são exemplos as espécies do art. 1.133 do Código Civil, como são ineficazes, quanto ao patrimônio, as dívidas contraídas por quem não tenha legitimação;

(*d*) Algumas vezes, no caso de representação legal ou negocial, há necessidade de autorização para que se possa alienar. Essa autorização constitui ato integrativo do suporte fáctico, com reflexos quanto à validade ou à eficácia do negócio jurídico, e, a rigor, não diz respeito ao poder de disposição em si. Se o pai, *e.g.,* na espécie do art. 386 do Código Civil, aliena bem pertencente ao filho sem autorização do juiz, a disposição é nula, o mesmo acontecendo com pessoas em situação de legitimação deferida pela lei. Nessas hipóteses, não há falta de legitimação, mas ausência de solenidade essencial (= ato integrativo), razão pela qual o negócio jurídico é nulo e não ineficaz. Se o mandatário excede os poderes do mandato, disso estando ciente o adquirente, nula é a alienação (arg. Código Civil, arts. 1.297 e 1.306).

Também é ato integrativo (solenidade essencial) o consentimento dos demais descendentes à venda de ascendente a descendente, cuja falta acarreta a nulidade do ato." *(Teoria do fato jurídico: plano da validade.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 11, pp. 32-33).

67. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 213.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION459 459 4/10/2007 14:40:08

Demais disso, não é incomum que a legitimidade assuma uma condição relativamente genérica para a prática de diversos atos[68].

Daí já se pode perceber que a competência constitui uma legitimidade. Como visto, a norma que atribui competência confere, a um só tempo, uma *autorização* e uma *limitação*. Quando a norma confere competência a determinado órgão, está autorizando a prática de atos jurídicos, não de quaisquer atos jurídicos, mas apenas daqueles expressamente limitados. A atuação do órgão é, então, limitada pela determinação do objeto a que se referem os atos por ela legitimados.

Não é sem razão, aliás, que se costuma afirmar, em direito processual, que a competência, em linhas gerais, *limita* a jurisdição, de forma que somente tem *legitimidade* para a prática de atos judiciais aquele juízo que seja *competente* por determinação legal. Noutros termos, a competência é a *possibilidade* concreta do exercício do poder de julgar[69].

Por isso, a competência é uma espécie de legitimação[70], a ponto de se entender que os dois termos se equivalem[71].

No plano judicial, a competência pressupõe a jurisdição. Não havendo jurisdição, não há que se falar em competência. A jurisdição está para a competência

68. É o que ocorre com o proprietário que, "pelo simples fato de ser titular de um direito absoluto, como é a propriedade, está plenamente legitimado para a prática de todos os atos arrimados no domínio; no caso de herança na qual ao herdeiro incumbe a prática de vários atos que haurem sua eficácia na situação legitimante decorrente da própria qualidade de herdeiro; na sociedade onde o sócio, pela simples circunstância de o ser, está legitimado à prática de todos os atos que os estatutos sociais ou lhe asseguram ao sócio. Mais ainda, já no plano do direito público, o funcionário público está legitimado para a prática de todos os atos atribuídos por lei ao titular do cargo que ocupa. Na ação popular, a legitimidade para a sua propositura deriva da qualidade de cidadão, e, no exercício dos direitos da personalidade, a legitimidade, de um modo geral, resulta apenas da circunstância de ser o agente pessoa, e, pois, sujeito de direito. Assim, verifica-se nos exemplos supraprotostos que a legitimidade vai se generalizando a ponto de abranger círculos, cada vez mais amplos, chegando, mesmo, a ter como fonte a mesma da capacidade, ou seja, a personalidade jurídica. Todavia, o traço distintivo, mesmo em tais hipóteses, remanesce. Ainda quando a situação legitimante é amplíssima, de tal sorte que todos ou quase todos os sujeitos de direito podem nela se subsumir, essa situação está vinculada a um ou alguns objetos, de forma tal que a amplitude nela prevista é limitada pela determinação do objeto a que se reportam os atos por ela legitimados." (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, pp. 17-18).

69. ALVIM, Thereza. *A organização judiciária e o Código de Processo Civil – competência em razão do valor. Revista de Processo.* 3:32-37. São Paulo: RT, julho-setembro/1976, p. 34.

70. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil.* vol. 1. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, n. 325, p. 522. Pontes de Miranda, ao tratar do poder de legitimação, exemplifica, como uma das causas de nulidade, a incompetência do juízo *(Tratado de direito privado.* Tomo IV, atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, § 388, p. 173).

71. "Realmente, equivalem-se os dois termos e o problema de legitimação se resolve em uma questão de competência, podendo definir-se aquela como *o reconhecimento feito pela ordem jurídica em favor de determinada pessoa, da competência para realizar, com eficácia, um negócio jurídico, derivada essa competência da relação existente entre a pessoa e o bem objeto do negócio."* (MANES, Humberto de Mendonça. *A legitimação negocial: premissas básicas.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982, p. 65).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION460 460 4/10/2007 14:40:08

na mesma correlação em que se encontram, na Teoria Geral do Direito, a capacidade e a legitimidade. Assim, a jurisdição subsume-se à figura da capacidade, enquadrando-se, por sua vez, a competência no conceito de legitimidade, na exata medida em que esta última importa na idoneidade do órgão judicial diante do confronto com o objeto concreto do processo[72]. Ao se conferir a determinado órgão a jurisdição ou o poder jurisdicional, está-se outorgando-lhe o *poder ou aptidão genérica* para resolver litígios. Todos que exercem jurisdição têm, portanto, o poder de julgar, mas, *diante do* objeto litigioso, da pessoa envolvida, da função exercida, aquele órgão específico poderá não ter legitimidade – ou seja, competência – para solucionar aquele conflito[73]. O órgão jurisdicional que detém competência é legítimo para atuar, podendo legitimamente e sem objeção exercitar a jurisdição[74].

4. CONCEITOS LÓGICO-JURÍDICOS E JURÍDICO-POSITIVOS

A definição de um conceito de direito é conseqüência da análise de sua essência, entendendo-se essência como o conceito fundamental de um objeto. Uma vez definido o conceito, deve-se aprofundá-lo, determinando-se, por exemplo, seus elementos constitutivos, ou analisando as relações entre ele e outros institutos afins[75].

Os conceitos jurídicos podem ser lógico-jurídicos ou jurídico-positivos. Todos os conceitos jurídico-positivos somente se aplicam a uma esfera de validade determinada no tempo e no espaço. A validade de um conceito jurídico-positivo está sujeita à vigência do ordenamento em que se apóia. Diversamente, quando se formula um conceito lógico que serve de base para a conceituação jurídica positiva, essa noção se faz com pretensão de validade universal[76].

---

72. ARMELIN, Donaldo. Competência internacional. *Revista de Processo.* 2:131-158. São Paulo: RT, abril-junho/1976, pp. 133-134.
73. Assim: "A capacidade da parte terá, comparativamente, para a jurisdição do juiz, o sentido de viabilizar a percepção de que a primeira autoriza a abrir um processo em relação ao significado da segunda, qual seja o de autorizar o juiz a praticar jurisdição, num dado caso concreto, sem qualquer vício nos atos que pratique. Mas, a legitimidade do juiz, pressupõe para certo processo: a) que o juízo ocupado, pelo juiz, seja competente; b) que, relativamente a esse juiz inexista impedimento, ou, que suspeição não tenha sido levantada (ou, se o tiver sido, que haja sido repelida), o que, como se vê, é tema que transcende à mera problemática da competência." (ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processo civil.* Vol. 2: arts. 7º ao 45. 2 ed. São Paulo: RT, 1996, pp. 54-55).
74. REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Lineamenti di diritto processuale civile.* Milano: Giuffrè, 2005, n. 21, p. 62.
75. Nesse sentido: TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho.* 7 ed. México: Editorial Porrua, 1977, pp. 79-80.
76. *Ibidem,* p. 81.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION461 461 4/10/2007 14:40:08

Com efeito, enquanto os conceitos lógico-jurídicos visam a explicitar termos, tornando-os compreensíveis para o raciocínio jurídico de forma generalizada, os jurídico-positivos emprestam qualificações de uma realidade concreta para efeito de direito. Em outras palavras, o conceito jurídico-positivo equivale a uma construção de determinada categoria normativa por dado Direito Positivo. É uma noção, no dizer de José Souto Maior Borges[77], que somente pode ser obtida *a posteriori*, no sentido de que apenas poderá ser apreendida após o conhecimento de um determinado Direito Positivo, sendo apreensível somente empiricamente, isto é, a partir do conhecimento que se tenha de um específico ordenamento jurídico positivo.

A definição de competência pode exteriorizar-se num conceito lógico-jurídico, na medida em que corresponde a uma concepção constante e permanente, sem vinculação com as variações do Direito Positivo. Não é sem razão, aliás, que os problemas de competência se reproduzem em vários ramos do Direito, aplicando-se não apenas ao Direito Processual, mas igualmente ao Direito Administrativo, ao Direito Constitucional e a outros tantos, ainda que alguns pontos específicos tenham perfis diversos, segundo algum detalhe especial[78].

O conceito lógico-jurídico, de acordo com as lições de José Souto Maior Borges[79], é obtido *a priori*, com validade constante e permanente, sem vinculação, portanto, com as variações do Direito Positivo.

É evidente, portanto, que a competência não se enquadra na moldura de conceito jurídico-positivo, exatamente porque não decorre especificamente do Direito Positivo brasileiro. De fato, o conceito de competência no Direito brasileiro correspondente, igualmente, ao conceito de competência que é adotado na generalidade dos demais países ou ordens jurídicas. Se, contudo, fosse somente aplicável a um âmbito de validade determinado, no espaço e no tempo, pelo ordenamento jurídico brasileiro, aí sim seria um conceito jurídico-positivo.

Ressalte-se que o *conceito* de competência é que é geral, sem vinculação com as variações do Direito Positivo. Se ela constitui elemento ou não do ato administrativo, ou se integra as condições da ação ou os pressupostos processuais, ou qual sua relação com o mérito, ou se suas conseqüências diferem em cada ordem positiva, aí sim é problema que diz com o disciplinamento de cada direito posto. O *conceito* é que é geral ou, como se diz, universal.

---

77. *Lançamento Tributário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94.
78. TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho.* 7ª edicion. México: Editorial Porrua, 1977, p. 83.
79. *Ob. cit.*, p. 94.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION462 462 4/10/2007 14:40:08

Tudo isso está a indicar que a competência se ajusta à noção de conceito lógico-jurídico, exatamente porque não decorre de um específico ordenamento jurídico, não variando de acordo com as definições empregadas por cada sistema normativo, sendo, ao contrário, uniforme e constante em todos os ordenamentos. *Se sua inobservância acarreta invalidade ou ineficácia, se acarreta a extinção do processo ou se gera apenas a remessa dos autos a outro órgão, esses são problemas que, realmente, serão disciplinados por cada ordenamento jurídico*. Só que tal problema se insere no âmbito dos *efeitos*, das *conseqüências*, dos *consectários* da ausência da competência, *não* dizendo respeito ao seu *conceito*. Este, sim, é que é *uniforme* e *constante*, integrando o rol dos conceitos lógico-jurídicos.

Assim, por exemplo, no processo civil brasileiro, o reconhecimento da incompetência não acarreta, em princípio, a extinção do processo, ensejando, isto sim, a remessa dos autos ao órgão competente (CPC, art. 113, § 2º; art. 311). No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a incompetência é, contudo, motivo para extinção do processo sem julgamento do mérito (Lei nº 9.099/1995, art. 51, II e III).

Eis a confirmação do quanto se disse: as conseqüências da incompetência de um órgão podem variar ao sabor de políticas legislativas ou de conveniências estruturais, sendo certo que tais conseqüências dependem de cada ordenamento jurídico, podendo, até mesmo, variar dentro do próprio ordenamento positivo. Diversamente, o *conceito* de competência é constante, independentemente de qual seja o ordenamento.

Impende, ainda, fazer a distinção entre as definições normativas e as definições meramente teoréticas. "As definições normativas são formuladas pelos órgãos competentes para a criação e aplicação do Direito. As definições teóricas correspondem a enunciados da ciência do Direito. As definições teóricas são formuladas pelo cientista do Direito a partir da experiência do Direito Positivo e do seu conhecimento. A verdade ou o erro são, portanto, atributos das definições teoréticas. Reversamente, atributos das definições normativas são a validade ou invalidade"[80].

A definição de competência é, pois, uma definição teorética, e não normativa, de tal sorte que essa definição corresponde a uma proposição formulada pela ciência jurídica, não decorrendo especificamente de uma norma.

80. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 95.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION463 463 4/10/2007 14:40:09

Já se tem uma noção genérica do que seja competência. Estabelecida essa noção, cumpre verificar as relações entre a competência e outras figuras, conceitos e institutos afins.

5. CONCEITOS RELACIONADOS COM A COMPETÊNCIA

5.1. Poderes

Etimologicamente, *poder* identifica-se com *possibilidade, faculdade, autorização,* de sorte que se diz, comumente, que ter poder é ter direito ou vice-versa. Assim, o termo *poder* relaciona-se com as expressões *poderio, domínio, força.*[81] Na verdade, o termo *poder* advém do latim "posse", possuindo várias conotações:

a) Conotação física (força);

b) Conotação moral (autoridade);

c) Conotação psicológica (poder mental);

d) Conotação jurídica (competência, atribuição legal, capacidade), guardando analogia com as seguintes expressões: dominação, capacidade, liderança, ordem, legalidade.[82]

Na terminologia jurídica, o termo *poder* exprime a idéia de *domínio, senhorio, jurisdição;* constitui, então, a atribuição dada a alguém para poder fazer, ordenar ou impedir que se faça algo. O termo *poder jurídico* relaciona-se, como já se viu, com o conceito de direito subjetivo, consistindo na *possibilidade* de exercício, pelo sujeito ativo, de um direito subjetivo. Diversamente, o termo *poder político* está relacionado com o exercício das funções decorrentes da soberania estatal[83].

Aí está, pois, uma idéia geral e difusa do que seja poder. O conceito sociológico de poder ainda não deixou de ser discutido, sendo certo que se trata de um conceito difícil de se definir. Quando se alude a poder, geralmente são citadas

81. ITALIA, Vittorio. *Cosa è il diritto? Elementi di base per comprenderlo.* Milano: Giuffrè, 2003, p. 21.
82. MACEDO, Sílvio de. Poder – II. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* vol. 59. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 36.
83. A noção de soberania está relacionada com a noção de sujeição, vinculando-se com o caráter coativo do Direito. A soberania é, geralmente, definida como a atribuição ou faculdade do Estado ou como seu poder de mando (TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho.* Mexico: Editorial Porrua, 1977, n. 36, p. 129).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION464 464 4/10/2007 14:40:09

as lições de Max Weber, segundo quem *o poder consiste na oportunidade, que alguém possui, de impor sua vontade a outrem, seja a que título for*[84].

Diante do pluralismo, diz-se que há diversas formas de poder, tais como o militar, o religioso, o econômico, o biológico, o político, o psicológico, além do chamado "poder nu", que consistiria no domínio atípico, desvinculado de qualquer fundamento[85]. Tradicionalmente, o poder é encarado como dominação, sendo alvo das preocupações teóricas a legitimidade ou a legitimação do poder como dominação. Originariamente, o poder – encarado no sentido de dominação – era concentrado na figura de uma pessoa só: o governante ou monarca, que enfeixava o centro decisório-administrativo-militar. Na evolução histórica, a comunidade passa a prover-se de órgãos e funções, sendo conferido poder a cada um desses órgãos. A criação e a pluralidade de órgãos, além de um processo evolutivo, constituem uma técnica política de exercício do poder[86].

Por aí já se vê que há forte ligação entre direito e poder. O poder é justificado pelo direito. As normas jurídicas conferem legitimidade ao poder. O poder, como visto, é, muitas vezes, confundido com a força. Nos estágios mais evoluídos de civilização e cultura, a força não constitui a nota marcante do poder. Mesmo nesses estágios em que a força não sobressai como seu elemento identificador, o poder não desaparece; mantém-se. O que se verifica é o que Miguel Reale chama de *jurisfação do poder,* ou seja, a juridicidade progressiva do poder, que significa a translação contínua do poder do plano da força bruta para o plano do direito e da ética[87]. O autor considera que o termo *jurisfação* seria mais apropriado, por ser mais abrangente, na medida em que o termo *legalização* soaria muito restritivo, visto que conferir juridicidade ao poder é fenômeno jurídico encarado na sua mais vasta amplitude[88].

---

84. SALDANHA, Nelson. Poder – I. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* vol. 59. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 34.
85. *Ibidem,* p. 35.
86. Assim ensina Lourival Vilanova: "Para que tenhamos a nação-Estado, é indispensável que haja, pelo menos, um órgão, naturalmente fazendo circunvergir, para ele só, todas as funções, em sentido técnico-jurídico. A diferenciação funcional e a pluralidade orgânica são um processo evolutivo, e também uma técnica política de exercício do Poder. Mister que existam normas de direito público, portanto. E, necessariamente, que, entre tais normas, constem as *normas de organização,* normas que incidam no *fato social objetivo da dominação.* Institucionalizando-o. A institucionalização do Poder é sua qualificação normativa em órgão. Sem normas de organização, pois, o Poder é difuso, desconcentrado, inespecífico ou, então, individualizado: é Poder não-jurídico, ou mera normalidade fáctica de dominação, ou Poder revestido por *outras* normas, pois, ali onde chega a interação social, chega a normatividade. O social é, sempre, uma textura, um tecido feito com alguma espécie de norma." *(Causalidade e relação no direito.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 168-169).
87. Poder (Jurisfação do). *Enciclopédia Saraiva do Direito.* vol. 59. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 39.
88. *Ibidem,* nota de rodapé n. 1, p. 43.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION465 465 4/10/2007 14:40:09

A juridicidade progressiva do poder denota que este vem sendo exercido, cada vez mais, sem violência, passando a ser meramente indicativo. Isso não quer dizer, contudo, que não exista, nas sociedades evoluídas, o exercício do poder. O poder encontra balizas no direito, sendo certo que a supremacia do direito pode ser alcançada pelo poder[89].

Encarado como qualidade ou atributo do Estado, o poder ostenta a condição de existência deste, considerada a mais marcante de suas manifestações[90]. Abstraindo qualquer concepção axiológica, a norma, por si só, legitima o fato, tornando-o jurídico. Nesse mesmo sentido, a norma estabiliza, legitima e confere mais poder[91]. Não existisse a norma para conferi-lo ao órgão estatal, o poder seria exercido sem legitimidade, encarado como força bruta ou como "poder-violência". Quando a norma incide sobre a relação fática de poder, origina-se a relação jurídica de direito público, em que o Estado exerce seu *imperium.*

O poder político ou soberano concentra-se num órgão único, como sucedia nas monarquias absolutas[92], ou é exercido pelos diversos órgãos do Estado[93]. Tais órgãos, tradicionalmente, são denominados de *Poderes* do Estado (Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário). Revela-se mais apropriado designá-los de *órgãos de soberania.* Quando se utiliza o termo *Poderes do Estado,* a menção que se faz é aos complexos orgânicos do sistema do poder político dotados de funções próprias, mas separados e interdependentes entre si,[94] ou harmônicos entre si.

É comum utilizar-se o termo *poder* como sinônimo de capacidade, faculdade ou competência para o desempenho de uma função ou para a realização de determinados atos.

Já se viu não serem poucos os autores que identificam a competência como uma capacidade. Encarado como capacidade, o *poder* é posto como sinônimo, muitas vezes, da competência. Ocorre, porém, que a competência constitui uma legitimidade ou legitimação, na medida em que limita o exercício da capacidade ou do poder.

---

89. *Ibidem,* p. 42.
90. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 119, p. 218.
91. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176.
92. Nesse caso, não há que se falar em competência; a competência pressupõe a existência de mais de um órgão com poder.
93. TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho.* Mexico: Editorial Porrua, 1977, n. 37, p. 134.
94. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 502-503.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION466 466 4/10/2007 14:40:09

Eis, então, a relação que se estabelece entre o poder e a competência: esta constitui limitador daquele. Ao Estado se atribuem vários poderes.[95] O Estado atua por órgãos. Seus órgãos exercem igualmente aqueles poderes.[96] Tais poderes são limitados pela competência: a cada órgão compete exercer o poder nos limites que lhe são impostos pela lei,[97] *diante do* objeto, da pessoa envolvida ou das funções exercidas. O mesmo se pode dizer quanto a uma pessoa jurídica de direito privado: tendo capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, terá, *ipso facto,* poderes de exercer tal capacidade. Todos os órgãos da pessoa jurídica têm tal poder, que, na realidade, é limitado pela competência atribuída a cada um deles.

5.2. Função

O termo função é polissêmico, contendo vários significados. Função pode significar *atividade* ou *tarefa*, podendo, ainda, ter o sentido equivalente a *dimensões* ou *aspectos* de uma norma jurídica. Neste último sentido, fala-se em função

95. Na doutrina alemã, Othmar Jauernig esclarece que o poder jurisdicional ou o poder judicial constitui, no Estado moderno, questão exclusivamente do Estado *(Direito processual civil.* Tradução de F. Silveira Ramos. 25 ed. Coimbra: Almedina, 2002, § 7, p. 63). No direito brasileiro, não é esse o entendimento que prevalece. Para a doutrina majoritária, o árbitro, que não constitui órgão do Estado, também exerce jurisdição. Há, na verdade, duas correntes doutrinárias: uma, considerando a arbitragem meio privado e alternativo de solução de controvérsias, enquanto a outra lhe atribui natureza jurisdicional. Prevalece o entendimento de que arbitragem ostenta cariz jurisdicional. É certo que o árbitro não tem poder de império, não podendo executar suas próprias sentenças. Essa circunstância – que, para alguns, afastaria a natureza jurisdicional da arbitragem – não lhe retira a condição de atividade jurisdicional. Para o entendimento majoritário, deve-se distinguir o poder jurisdicional do poder de império, por ser possível que alguém disponha de jurisdição, embora despido do *imperium* (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral.* Curitiba: Juruá, 2002, pp. 48-50). Digna de nota, a esse respeito, é a explicação de Carlos Alberto Carmona: "O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda, para sustentar a idéia contratualista do instituto, outros preferindo seguir idéias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de tal sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nos últimos 5 (cinco) anos – que não tenha desafiado o assunto, explorando filão que já se esgotara nas duas últimas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem." *(Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46).

96. O poder jurisdicional ou poder judicial é conferido, via de regra, a órgãos do Estado, cuja estrutura e agrupamento identificam a chamada administração judiciária (JAUERNIG, Othmar. *Ob. cit.*, pp. 63-64).

97. A soberania é tida como o poder de governo ou o poder máximo do Estado. Poder máximo não significa, contudo, poder absoluto, mas aquele que se pode exercer dentro de certa competência; é o máximo poder dentro de certa esfera ou órbita (TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho.* Mexico: Editorial Porrua, 1977, n. 37, p. 136).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION467 467 4/10/2007 14:40:09

objetiva e função subjetiva das normas que consagram direitos fundamentais. Outro sentido para o termo função é identificá-lo com a expressão *eficácia jurídica.* O termo *função* pode também ser sinônimo de *poder,* razão pela qual se diz que uma *função* do Estado é um *poder* do Estado. *Função* pode, ainda, ser identificada com *competência:* a competência, por exemplo, para regulamentar é, muitas vezes, denominada de *função de regulamentação.*[98]

O Estado atua por intermédio de seus órgãos. A formação de múltiplos órgãos decorre da repartição de funções. Cada órgão exerce uma função específica, que se chama de "feixe de competência".[99]

Realmente, o conceito de função supõe a existência de um órgão e seu sistema. Daí se afirmar que a função consiste na relação de um elemento dentro de um todo mais amplo.[100] A noção de função indica, portanto, a existência de um conjunto de atividades e "papéis" exercidos por órgãos, a fim de atender a necessidades específicas.[101]

Não é raro utilizar-se o termo *função* como sinônimo de *atividade* ou de *poder* do Estado. Estes são, em verdade, os sentidos mais usados para a expressão *função.* A função é sempre uma relação de referência entre uma *norma de competência* e os *fins* dessa mesma norma.[102] Com efeito, segundo Jorge Miranda, são dois os sentidos possíveis de *função* do Estado: como fim, tarefa ou incumbência, corresponde a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social; e como atividade com características próprias, passagem a ação, modelo de comportamento. No primeiro sentido, a função identifica-se com o Estado enquanto poder e enquanto comunidade. No segundo sentido, a função constitui uma manifestação específica do poder político. Numa e noutra acepções, exibe-se um elemento *finalístico:* diretamente, na função como tarefa; indiretamente, na função como atividade.[103]

Aos órgãos do Estado – ou, até mesmo, de uma pessoa jurídica de direito privado – conferem-se poderes, que constituem, como viso, manifestação ou concretização de capacidades. Tais poderes são exercidos, levando-se em conta uma

98. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 503.
99. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 181.
100. MACEDO, Silvio de. Função. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* vol. 38. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 482.
101. *Ibidem,* p. 482.
102. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 504.
103. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 125, pp. 230-231.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION468 468 4/10/2007 14:40:10

finalidade. Para atingir tal finalidade, cada órgão desempenha funções próprias. Tais funções constituem elementos definidores da competência.

A competência está, enfim, relacionada com a função exercida pelo órgão. Um órgão é criado para atender a determinadas finalidades. Para isso, são-lhe conferidos poderes, manifestados em funções específicas. A competência será, então, fixada em virtude das funções exercidas pelo órgão. Não quer isto dizer que somente a função constitua critério definidor de competência. A competência pode ser definida em razão da matéria, do território, da pessoa interessada, do valor envolvido, enfim, são vários os critérios definidores de competência[104]. Quando se diz que a competência é fixada em razão da função exercida pelo órgão, o que se está a fazer é relacionar a competência com a função. Nessa relação, a função aparece como elemento que fixa a competência. Isso não quer dizer que este seja o único critério definidor da competência; é um dentre tantos outros possíveis.

Eis, portanto, a relação que se estabelece entre a competência e a função: a competência pode ser fixada em razão da função exercida pelo órgão.

5.3. Responsabilidade

O termo *responsabilidade* indica a situação jurídica de um sujeito, que deve "responder" perante outros sujeitos, por uma obrigação ou por um dever dependente do seu comportamento, ativo ou omissivo.[105]

Eis por que, ao se conferir competência a algum órgão, está-se, de igual modo, atribuindo-lhe responsabilidade. A responsabilidade articula-se com a existência de sanções penais, disciplinares, civis, no caso de descumprimento ou de cumprimento defeituoso dos deveres ou funções de que estão incumbidos órgãos,[106] sejam eles públicos ou privados.

O termo responsabilidade não está sendo utilizado como sinônimo de responsabilidade civil. O termo responsabilidade está, aqui, sendo utilizado como sinônimo de responsabilidade constitucional, de que trata Canotilho, para quem esta seria uma categoria conceitual autônoma, decorrente da observância de certos deveres jurídicos e do desempenho de dadas funções.[107]

---

104. A competência é fixada em virtude de vários critérios, sendo extremamente relevante verificar qual o critério definidor da competência (PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de la competencia: principios y normas generales,* 1ª parte. Buenos Aires: Ediar, 1954, nn. 126-128, pp. 297-302).
105. ITALIA, Vittorio. *Istituzioni di diritto pubblico.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 319.
106. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 504.
107. *Ibidem,* p. 504.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION469 469 4/10/2007 14:40:10

Tal responsabilidade constitucional relaciona-se com a *competência,* sendo encarada, por Tércio Sampaio Ferraz Jr., como uma (i)legalidade ou (i)licitude. Se o órgão atua dentro dos limites de sua competência, o ato praticado é legal ou lícito. Descumprida, porém, a regra de competência, haverá uma ilegalidade ou ilicitude, com as conseqüências daí decorrentes.[108] Além da invalidade do ato ou de outra conseqüência prevista em norma jurídica, poderá haver sanções jurídicas (penais, disciplinares e civis) ou político-jurídicas (censura, destituição, exoneração).[109]

Significa, então, que a cada órgão se atribui uma função, mercê da qual se estabelece a respectiva competência. O exercício da competência implica *responsabilidade* de atuação dentro de seus limites, sob pena de acarretar a invalidade do ato ou outra conseqüência prevista em norma jurídica, além de expor o titular do órgão a sanções diversas.

5.4. Procedimento

Para que os poderes possam ser exercidos, nos limites da competência, os órgãos devem obedecer a um procedimento juridicamente regulado. A conversão de poderes em atos está sujeita a um procedimento. Por isso, o poder de legislar, traduzido na prática de atos legislativos, realiza-se pelo procedimento legislativo. De igual modo, o exercício da atividade administrativa concretiza-se mediante a instauração de um procedimento administrativo. A função jurisdicional desenvolve-se também por um procedimento.[110]

Aliás, a aplicação de qualquer norma, seja um princípio, seja uma regra, depende da adoção de um procedimento próprio.[111] Com efeito, na sociedade contemporânea, há constante referência a procedimento, que constitui, essencialmente, um método puramente técnico para a atuação controlada de determinados objetivos.[112] Se o procedimento adotado envolve a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato decisório, com obediência ao contraditório, tem-se reservado a ele a denominação técnica de "processo".[113]

---

108. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, n. 4.2.5.5, p. 164.
109. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 504.
110. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 504.
111. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição.* 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, pp. 18-19.
112. BIAVATI, Paolo. *Europa e processo civile: metodi e prospettive.* Torino: Giappichelli, 2003, p. 160.
113. FAZZALARRI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale.* 7 ed. Padova: Cedam, 1994, pp. 73-90. A participação procedimental é tida, atualmente, como um direito fundamental, sendo uma garantia do cidadão

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION470 470 4/10/2007 14:40:10

O procedimento e o processo têm forte imbricação com os direitos fundamentais, constituindo instrumentos adequados e justos para a limitação ou restrição de tais direitos e sendo, em verdade, proclamados como "locais" ou "espaços" de exercício dos direitos, liberdades e garantias[114]. Daí se extrai a nítida noção do devido processo legal, presente tanto na atividade judicial, como na administrativa[115] e na legislativa, sendo forçoso reconhecer que uma competência é exercida mediante um procedimento próprio.

Enfim, a aplicação de normas é feita mediante a adoção de um procedimento. Nesse contexto, o exercício de uma competência desencadeia um procedimento próprio, a fim de que o poder ou a atividade se concretize.

5.5. Controle

Já se viu que o exercício de competências acarreta responsabilidades pelo descumprimento da atividade ou por sua realização defeituosa. Se há responsabilidades, deve haver um mecanismo de controle.

É por isso que as atividades públicas – ou até mesmo as privadas – são passíveis de controle. Esse controle pode ser interno ou externo. O exercício de um poder deve ser controlado, a fim de se verificar se não houve desbordo dos limites da competência ou se a atividade foi realmente cumprida ou cumprida satisfatoriamente.

O termo *controle* significa fiscalização, verificação, averiguação.

Essa fiscalização pode ser feita, como visto, interna ou externamente. No âmbito público, as atividades administrativas são controladas por órgãos internos de controle e, ainda, pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e pelo Judiciário. No âmbito privado, o controle é feito internamente por órgãos da sociedade empresarial e, externamente, pelo Judiciário.

---

de poder influenciar diretamente no exercício das decisões dos órgãos públicos que afetam ou possam afetar seus direitos, sobretudo em se tratando de decisão constitucional. Essa idéia consolidou-se a partir dos estudos de Peter Häberle. Nesse sentido, conferir: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, *passim.*

114. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 72.

115. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 335-366.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION471 471 4/10/2007 14:40:10

6. COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. COMPETÊNCIAS EXPLÍCITAS E IMPLÍCITAS (A ADMISSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS IMPLÍCITAS E O PRINCÍPIO DA SIMETRIA)

Não há competência sem texto normativo, seja ele constitucional ou legal. A fonte da competência é, portanto, normativa, não se podendo fazer uso da analogia nem de brocardos do tipo "quem pode o mais também pode o menos".[116] Em matéria de competência, identificam-se dois importantes princípios, a saber:

a) O princípio da indisponibilidade de competências e

b) O princípio da tipicidade de competências.[117]

Em razão do princípio da tipicidade, as competências dos órgãos constitucionais são apenas as expressamente previstas na Constituição.[118] De acordo com o princípio da indisponibilidade, as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu.[119]

As competências fixadas por lei devem, em virtude disso, ter fundamento constitucional expresso. Tudo indica, então, que a interpretação conferida à norma que confere competência deve ser estrita, não se admitindo o uso da analogia nem da interpretação extensiva.

---

116. PINHO, José Cândido de. *Breve ensaio sobre a competência hierárquica.* Coimbra: Almedina, 2000, n. 4.1.4, p. 27.

117. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 506.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu apoiado em tais princípios, consoante se verifica da ementa do seguinte acórdão:

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DE COMPETÊNCIAS E DA TIPICIDADE DE COMPETÊNCIAS. ALÇADA (LEI N. 6.825/80). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I – A recorrente sucumbiu em primeira instância. Como sua causa não dava alçada, interpôs embargos infringentes (lei n. 6.825/80), os quais foram improvidos. Interpôs, então, Recurso Especial.

II – Pelo 'principio da indisponibilidade de competências', que se acha associado ao 'principio da tipicidade de competências', consagrados pela nossa Constituição, a competência dos órgãos constitucionais, entre eles os dos tribunais, não pode ser ampliada ou transferida. Qualquer tentativa de estabelecer-se tratamento analógico com o art. 102, III, da Constituição, onde não se veda a apreciação pelo STF de recurso extraordinário interposto de causas de alçada, redundaria em violação de tais princípios.

III– Recurso especial não conhecido." (Acórdão não unânime da 6ª Turma do STJ, REsp 28.848/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, rel. p/ acórdão Min. Adhemar Maciel, j. 1º/6/1993, *DJ* de 2/8/1993, p. 14.287; *RSTJ* 51/182).

118. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 506.

119. *Ibidem,* p. 506.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION472 472 4/10/2007 14:40:10

Conquanto pareça evidente não ser possível o uso da interpretação analógica ou extensiva à norma que confere competência, é curial haver situações em que a competência é implícita, encartando-se, não literalmente, mas sistematicamente, na hipótese descrita na norma. Em casos assim, a interpretação sistemática se impõe, entendendo-se haver competência implícita para preencher lacunas constitucionais patentes ou para permitir ao órgão que, no exercício de suas competências, possa também realizar atos destinados à preparação e formação de decisões.

Com efeito, segundo ressalta Jorge Miranda, "a competência vem da norma; não se presume. Contudo, tanto pode ser explícita quanto implícita. Quer dizer tanto pode assentar numa norma que, explicitamente, a declare como assentar em norma cujo sentido somente seja descoberto através de técnicas interpretativas e que surja como conseqüência de outra norma ou nela esteja contida. Não há diferença de natureza entre poderes explícitos e implícitos; há somente diferença de graus de leitura"[120].

A competência pode, enfim, ser implícita.

Tome-se como exemplo a hipótese prevista no art. 102, I, *n*, da Constituição Federal, segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados. Assim, reconhecido o interesse ou o impedimento ou a suspeição de mais da metade dos membros do tribunal de origem, o julgamento da causa será de competência do Supremo Tribunal Federal[121]. A Constituição Federal alude, apenas, à "ação". Pode ocorrer, entretanto, de a causa chegar ao tribunal local em grau de recurso, vindo a ser reconhecido o impedimento ou a suspeição de mais da metade dos membros do tribunal no âmbito da apelação. Nesse caso, a apelação será julgada pelo STF. Embora a Constituição Federal refira-se, apenas, à "ação", nela está implicitamente incluída também a referência à "apelação"[122].

---

120. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo V – Actividade Constitucional do Estado. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, n. 17, III, p. 58.

121. "Se se registrar hipótese de inabilitação processual da maioria dos membros integrantes de Tribunal de Justiça, em decorrência do impedimento/suspeição de seus Desembargadores, não se revelará lícito convocar, para efeito de composição do quorum necessário ao julgamento de determinada causa, magistrados estaduais de primeira instância, pois não se admite esse procedimento de substituição de Desembargadores, quando utilizado para afastar a regra especial de competência inscrita no art. 102, I, "n" da Constituição da República. Precedentes." (Acórdão unânime do Pleno do STF, Rcl 1.933/AM, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/5/2003, *DJ* de 28/2/2003, p. 10).

122. "(...) A norma especial inscrita no art. 102, I, 'n' da Constituição da República – embora faça referência a 'ação' – estende-se, por igual, aos recursos em geral, desde que ocorrentes, no Tribunal de origem, as hipóteses a que alude essa regra constitucional de competência. Precedente. (...)." (Acórdão unânime do

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION473 473 4/10/2007 14:40:11

Se, nessa hipótese, fosse adotada uma interpretação literal, não caberia ao STF julgar a apelação. Não é essa, todavia, a conclusão a que chega a jurisprudência firmada na Corte Suprema. Impõe-se adotar uma interpretação sistemática para considerar incluída na previsão de "ação" também a "apelação".

Outro exemplo confirma a existência de competências implícitas.

De acordo com o art. 109, II, da Constituição Federal, compete aos juízos federais de primeira instância processar e julgar as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil. O primeiro grau de jurisdição, nesses casos, é exercido pela Justiça Federal de primeira instância. Da sentença não cabe apelação para o respectivo Tribunal Regional Federal. O que cabe é recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 105, II, *c*).

Interposto o recurso ordinário e vindo este a ser conhecido, o STJ irá proferir acórdão, substituindo a sentença (CPC, art. 512). Eventual ação rescisória será dirigida ao próprio STJ, pois a este compete processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados (CF/88, art. 105, I, *e*). Se, entretanto, não for interposto recurso ordinário ou o que seja interposto não venha a ser conhecido, por ser, por exemplo, intempestivo, a ação rescisória seria proposta em que tribunal? No respectivo Tribunal Regional Federal ou no Superior Tribunal de Justiça?

Já se viu que ao STJ compete processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados. Aos Tribunais Regionais Federais, por sua vez, compete processar e julgar as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízos federais da respectiva região (CF/88, art. 108, I, *b*). Interpretadas as normas restritivamente, a pergunta ora formulada teria como resposta a indicação do respectivo TRF como órgão competente para processar e julgar a ação rescisória. Ao STJ competia julgar a rescisória, se houvesse recurso ordinário e este fosse conhecido. Não havendo recurso ordinário ou não sendo este conhecido, caberia ao TRF o processamento e julgamento de eventual ação rescisória.

Pleno do STF, Rcl 1.933/AM, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/5/2003, *DJ* de 28/2/2003, p. 10). *No mesmo sentido:* "(...) A NORMA DE COMPETÊNCIA CONSUBSTANCIADA NO ART. 102, I, 'N', DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA LEGITIMA A INTERPOSIÇÃO, PER SALTUM, DIRETAMENTE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE RECURSO DEDUZIDO CONTRA DECISÃO E/OU SENTENÇA EMANADAS DE MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. – A norma especial fundada no art. 102, I, 'n', da Constituição da República – embora faça referência a 'ação' – estende-se, por igual, aos recursos em geral, suscetíveis de interposição, 'per saltum', diretamente ao Supremo Tribunal Federal, desde que ocorrentes, no Tribunal inferior ordinariamente incumbido de julgá-los, as hipóteses excepcionais a que alude essa regra constitucional de competência. Precedentes." (Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, AO 993 QO/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 15/4/2003, p. 62).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION474 474 4/10/2007 14:40:11

Não há, com efeito, previsão constitucional para o STJ processar e julgar ação rescisória contra sentença de primeira instância. Estando, contudo, o juízo a ele vinculado, deve a rescisória ser proposta no STJ. Noutros termos, a ação rescisória ataca a sentença, mas deve ser proposta no Superior Tribunal de Justiça, e não no Tribunal Regional Federal respectivo. Quando transita em julgado a sentença (e não o acórdão), a ação rescisória é cabível perante o tribunal ao qual o juízo está vinculado (geralmente, o TRF). Só que, nesse caso, o juízo de primeira instância está vinculado ao STJ, ao qual compete processar e julgar a ação rescisória.

Muito embora a competência seja prevista para o STJ processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados, o exemplo acima aventado denota ser possível atribuir-se ao STJ competência para processar e julgar ação rescisória contra sentença proferida por juízo federal de primeira instância. A interpretação sistemática, e não a literal, conduz a essa conclusão.

O princípio da simetria, que impõe a reprodução de algumas regras de competências federais para o âmbito estadual, justifica que o art. 61, § 1º da Constituição Federal seja igualmente obedecido pelos Estados-membros.[123] Desse modo, devem ser de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta ou autárquica ou aumento de sua remuneração (CF/88, art. 61, § 1º, II, *a*).[124]

---

123. "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MILITARES. REGIME JURÍDICO. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Emenda Constitucional 29/2002, do estado de Rondônia. Inconstitucionalidade. À luz do princípio da simetria, é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual as leis que disciplinem o regime jurídico dos militares (art. 61, § 1º, II, f, da CF/1988). Matéria restrita à iniciativa do Poder Executivo não pode ser regulada por emenda constitucional de origem parlamentar. Precedentes. Pedido julgado procedente." (Acórdão unânime do Pleno do STF, ADI 2.966/RO, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 6/4/2005, *DJ* de 6/5/2005, p. 6).

124. "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 12 DA LEI 10789 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE LEI DE INICIATIVA RESERVADA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AUMENTO DE DESPESA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA.
1. Criação de gratificação – Pró-labore de Êxito Fiscal. Incorre em vício de inconstitucionalidade formal (CF, artigos 61, § 1º, II, 'a' e 'c' e 63, I) a norma jurídica decorrente de emenda parlamentar em projeto de lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, de que resulte aumento de despesa. Parâmetro de observância cogente pelos Estados da Federação, à luz do princípio da simetria. Precedentes.
2. Ausência de prévia dotação orçamentária para o pagamento do benefício instituído pela norma impugnada. Violação ao artigo 169 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 19/98. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (Acórdão unânime do Pleno do STF, ADI 2.079/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29/4/2004, *DJ* de 18/6/2004, p. 44).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION475 475 4/10/2007 14:40:11

7. COMPETÊNCIAS EXCLUSIVAS OU PRIVATIVAS E CONCORRENTES

Em princípio, a competência, quando atribuída a um órgão, é exclusiva ou privativa. Há, contudo, casos em que a competência é concorrente, por ser atribuída, a um só tempo, a mais de um órgão. As competências, independentemente de serem exclusivas, privativas ou concorrentes, resultam de previsão expressa ou apenas implícita.

Seja a competência exclusiva, privativa ou concorrente, sua previsão há de constar da Constituição ou de lei.

Existem casos de competência exclusiva ou privativa, tal como sucede com as hipóteses previstas no art. 22 da Constituição Federal. A competência concorrente também deve estar expressa, tal como ocorre com as hipóteses previstas no art. 24 da Constituição Federal. No âmbito jurisdicional, a competência para processar e julgar mandado de segurança em face do Presidente da República é privativa do STF (CF/88, art. 102, I, *d*). Já a competência para processar e julgar determinado caso, que envolva a União, será da competência concorrente de qualquer juízo federal, ao qual for distribuída a demanda, seja um daqueles que se encontrem no Distrito Federal, ou um dos que se situem na seção judiciária em que for domiciliado o autor, ou naquela seção judiciária onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda, ou onde esteja situada a coisa (CF/88, art. 109, § 2º).

Nos casos de competência concorrente, a mesma competência é atribuída a dois ou mais órgãos. Apesar de conferida a mais de um, a competência somente pode ser exercida por um deles isoladamente. Uma vez sendo exercida a competência por um dos órgãos competentes, fica o outro impedido de fazê-lo com o mesmo conteúdo, sobre o mesmo assunto e com a mesma função. A competência concorrente só é simultânea na titularidade, mas não no exercício, sendo certo que não existe, na competência concorrente, qualquer limitação ou condicionamento do seu exercício singular.[125]

8. NOTA CONCLUSIVA SOBRE A COMPETÊNCIA NA TEORIA GERAL DO DIREITO

A competência, que é um conceito lógico-jurídico, constitui uma legitimação. O órgão exerce seus poderes em razão das funções que lhe são conferidas

125. PINHO, José Cândido de. *Breve ensaio sobre a competência hierárquica.* Coimbra: Almedina, 2000, n. 9.1, p. 68.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION476 476 4/10/2007 14:40:11

e diante do objeto que se lhe apresenta e da pessoa envolvida. Os poderes são, enfim, limitados. E tais limites decorrem da competência fixada.

Somente se pode falar de competência, se houver mais de um órgão incumbido do exercício de dado poder. Sendo o poder concentrado num órgão apenas, não há que se falar em competência. A competência pressupõe, portanto, a divisão de atribuições a mais de um órgão.

A norma que fixa competência confere ao órgão uma autorização e uma limitação, sendo certo que a competência não é uma capacidade, mas uma legitimidade.

As conseqüências da falta de competência são atribuídas pelo direito positivo, de forma que tais conseqüências dependem da previsão dada pelas normas jurídicas.

A competência é exercida mediante um procedimento. Ao se atribuir competência a um órgão, está-se igualmente conferindo-lhe responsabilidades, razão pela qual o exercício de uma competência é passível de controle interno e externo.

A competência, que pode ser explícita ou implícita ou, ainda, exclusiva ou concorrente, deve estar prevista numa norma, seja ela constitucional, seja ela infraconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processo civil.* Vol. 2: arts. 7º ao 45. 2 ed. São Paulo: RT, 1996.

ALVIM, Thereza. A organização judiciária e o Código de Processo Civil – competência em razão do valor. *Revista de Processo.* 3:32-37. São Paulo: RT, julho-setembro/1976.

ARMELIN, Donaldo. Competência internacional. *Revista de Processo.* 2:131-158. São Paulo: RT, abril-junho/1976.

_____. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979.

BARRETO, Wanderlei de Paula. *Comentários ao Código Civil brasileiro:* parte geral. Vol. I. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BIAVATI, Paolo. *Europa e processo civile:* metodi e prospettive. Torino: Giappichelli, 2003.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile.* Padova: Cedam, 1950.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION477 477 4/10/2007 14:40:12

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil.* vol. 1. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 12 edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional:* estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALCANTI, José Paulo. *Sobre legitimação, ato jurídico em sentido estrito e outros temas.* Recife: composto e impresso nas oficinas de Mousinho Artefatos de Papel Limitada, 1972.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo:* legitimação ativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação:* o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo.* 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro.* Vol. I – Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FAZZALARRI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale.* 7 ed. Padova: Cedam, 1994.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição.* 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ITALIA, Vittorio. *Cosa è il diritto?* Elementi di base per comprenderlo. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. *Istituzioni di diritto pubblico.* Milano: Giuffrè, 2004.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil.* Tradução de F. Silveira Ramos. 25 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito.* Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION478 478 4/10/2007 14:40:12

LARENZ, Karl. *Derecho civil – parte general.* Tradução de Miguel Izqierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978.

MACEDO, Sílvio de. Poder – II. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* vol. 59. São Paulo: Saraiva, 1977.

MANES, Humberto de Mendonça. *A legitimidade negocial:* premissas básicas. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 23 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico:* plano da validade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo V – *Actividade Constitucional do Estado.* 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Tomo II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Tratado de direito privado.* Tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Tratado de direito privado.* Tomo IV, atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo.* 2 ed. São Paulo: Altas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. *Repertório de Jurisprudência IOB* – 2ª quinzena de dezembro de 2005, n. 24/2005, volume III, 23336.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

PETRELLI, Gaetano. *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico:* teoria generale e profili applicativi. Milano: Giuffrè, 2000.

PINHO, José Cândido de. *Breve ensaio sobre a competência hierárquica.* Coimbra: Almedina, 2000.

PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de la competencia: principios y normas generales,* 1ª parte. Buenos Aires: Ediar, 1954.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. *Poder (Jurisfação do). Enciclopédia Saraiva do Direito.* vol. 59. São Paulo: Saraiva, 1977.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Lineamenti di diritto processuale civile.* Milano: Giuffrè, 2005.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION479 479 4/10/2007 14:40:12

ROSAL, Manuel Pelaez del. *La competencia territorial en el proceso civil:* el acuerdo de sumisión expresa. Barcelona: Ariel, 1974.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil.* vol. I. Tradução da 6 ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934.

SALDANHA, Nelson. Poder – I. *Enciclopédia Saraiva do Direito.* vol. 59. São Paulo: Saraiva, 1977.

SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo civil.* Atualização de Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1907.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho.* 7 ed. México: Editorial Porrua, 1977.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral.* Curitiba: Juruá, 2002.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile.* Vol. I. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1947.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION480 480 4/10/2007 14:40:12

CAPÍTULO XX

PROLÉGOMÈNES À UNE THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS EN DROIT FRANÇAIS

Loïc Cadiet*

Sumário: I. La théorie générale à l'épreuve du procès: A. Théorie générale du droit et théorie générale du procès; B. Théorie générale du procès et droit processuel – II. Le procès à l'épreuve de la théorie générale: A. – Le procès comme litige; B. Le procès comme procédure.

1. Pourquoi une théorie générale du procès? C'est que le droit du procès ne peut plus se contenter, aujourd'hui, d'une approche strictement juridique limitée à la seule comparaison des différentes procédures traditionnelles de droit interne, procédure civile, procédure pénale, procédure administrative. Le développement des sources internationales et constitutionnelles du droit, du droit procédural en particulier, appelle, sinon un dépassement, du moins un complètement de l'analyse comparative par l'approche, plus synthétique, des principes généraux de procédure. Certains projets doctrinaux rendent certes compte de cette évolution, à travers la promotion du droit au procès équitable[1], même si on peut leur reprocher d'exagérer leur différence par rapport à la conception originelle du droit processuel issue des travaux fondateurs d'Henry Vizioz[2] et Henri Motulsky.[3] Mais, cette nouvelle approche processuelle ne suffit pas à rendre compte totalement des problématiques contemporaines car les exigences du procès équitable, qui nourrissent le droit du procès, manifestent elles-mêmes une certaine philosophie de la justice et c'est cette combinaison qui impose l'élaboration d'une authentique théorie générale, non strictement juridique, dédiée à l'ensemble des systèmes de justice, c'est-à-dire des modes de règlement des conflits. Le droit du procès ne peut plus relever de la seule technique juridique. Le savoir des juristes

(*) Membro do "Institut Universitaire de France", Professor de Direito Processual da Universidade Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), Diretor do "Centre de Recherche sur la Justice et le Procès".

1. Qui prend appui, dans l'espace européen, sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (cité Art. 6 § 1 Conv. EDH), sur lequel voir, notamment, S. Guinchard, C. S. et I. S. Delicostopoulos, M. Douchy-Oudot, F. Ferrand, X. Lagarde, V. Magnier, H. Ruiz Fabi, L. Sinopoli, J.-M. Sorel, *Droit processuel:* droit commun et droit comparé du procès équitable, Paris, Dalloz, 4ème éd. 2007.
2. H. Vizioz, *Etudes de procédure,* Bordeaux, Editions Brière, 1956, qui est un recueil posthume de ses principaux écrits.
3. H. Motulsky, *Droit processuel,* Paris, Monchrestien, 1973.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION481 481 4/10/2007 14:40:12

ne peut plus faire l'économie d'une ouverture aux autres savoirs sur la justice, la philosophie, la sociologie, l'anthropologie, l'économie, l'histoire, etc. Là où règne aujourd'hui un fort particularisme disciplinaire, il convient d'établir des passerelles entre tous ces savoirs dont la justice et le procès sont l'objet. Il faut arrimer l'une à l'autre la théorie générale et le procès en soumettant la théorie générale à l'épreuve du procès (I) et le procès à l'épreuve de la théorie générale (II)

I. LA THÉORIE GÉNÉRALE À L'ÉPREUVE DU PROCÈS

2. L'expression *Théorie générale du procès* est peu employée, moins en tout cas que les expressions *Théorie générale du droit* et *Droit processuel*, qui le sont elles-mêmes assez peu, du moins en France. Il en va autrement dans l'espace ibéro-américain, richement nourri des théories processuelles italiennes.[4] Pour répondre à la question, le mieux est encore de situer la théorie générale du procès par rapport à la théorie générale du droit (A) et par rapport au droit processuel (B).

A. Théorie générale du droit et théorie générale du procès

3. Il n'y a pas de définition canonique de la théorie générale du droit.

Sous ce titre, plusieurs ouvrages ont été publiés au cours du XXème siècle, depuis la **Théorie générale du droit** de Paul Roubier,[5] jusqu'à **La théorie du droit** de Michel Troper,[6] en passant par la **Théorie générale du droit** de Jean Dabin[7] et celle de Jean-Louis Bergel.[8] Mais la chose a pu exister avant les mots pour le dire: dès le milieu du XIXème siècle, François-Julien Oudot, personnage singulier, avocat à la Cour royale et professeur de Code civil à la Faculté de droit de Paris, faisait paraître ses **Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises,**[9] qui étaient déjà une manière

4. Voir par exemple, à la suite de N. Alcalá-Zamora y Castillo, *Estudios de teoría e historia del proceso,* Mexico, UNAM, 1974, C. Gomez Lara, *Teoría general del proceso,* Mexico, Harla, 1990; J. Ovalle Favela, *Teoría general del proceso,* Mexico, Oxford University Press, 6ème éd. 2005, ainsi que, au Brésil, A. Pellegrini Grinover, A. de Araujo Cintra et C. Dinamarco, *Teoria geral do processo,* São Paulo, Malheiros, 20ème éd. 2004.
5. P. Roubier, *Théorie générale du droit:* histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Paris, Sirey, 1ère éd. 1945, 2ème éd. 1951.
6. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat,* Paris, PUF, 2001. Voir aussi, dans cette veine, E. Millar, *Théorie générale du droit,* Dalloz, 2006.
7. J. Dabin, *Théorie générale du droit,* Paris, Dalloz, 2ème éd. 1969.
8. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit,* Paris, Dalloz, 1985; nouvelle éd. 2004.
9. J . Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises,* Paris, Joubert, 1846.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION482 482 4/10/2007 14:40:13

de théorie générale du droit, toute la première partie de cet ouvrage étant, pour l'essentiel, construite sur la distinction du juste et de l'injuste.

Or, ces ouvrages n'adoptent pas un point de vue strictement identique sur ce qu'est la théorie générale du droit. Autant d'auteurs, autant de conceptions. Ainsi, construite autour de la règle de droit, son aspect extérieur, son fondement, son but, ses classifications, la théorie générale du droit de Roubier se présente comme une histoire des doctrines juridiques en tant qu'elles expriment une philosophie des valeurs sociales. La perspective est donc axiologique. Dansune démarche plus phénoménologique, la théorie générale du droit vue par Jean-Louis Bergel met davantage l'accès sur la mise en œuvre du droit, à travers ses instruments et son application, y compris son application judiciaire, et il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que cette orientation ait ensuite conduit Jean-Louis Bergel à publier un ouvrage de **Méthodologie juridique.**[10]

Bien qu'on ait pu présenter la théorie générale du droit comme la philosophie du droit positif, il faut se défier de cette assimilation, qui est équivoque. Les auteurs de théorie générale du droit, quoi qu'ils mettent dans cette expression, ne font pas œuvre de philosophie. La philosophie du droit est une activité de philosophe; la théorie générale du droit est une activité de juriste.[11] Il n'est pas inutile de relire, à ce propos, le dialogue entre Alain Renault et Michel Troper, intitulé "Droit des juristes ou droit des philosophes? Malentendus franco-allemands", publié il y a une quinzaine d'années dans un ouvrage dirigé par Pierre Bouretz sous le titre **La force du droit – Panorama des débats contemporains.**[12] Somme toute, la définition que donne le **Vocabulaire juridique** du doyen Cornu de théorie juridique, ou théorie du droit, exprime bien ce qu'est la théorie générale du droit:

> Activité doctrinale fondamentale dont l'objectif est de contribuer à l'élaboration scientifique du Droit, en dégageant les questions qui dominent une matière, les catégories qui l'ordonnent, les principes qui en gouvernent l'application, la nature juridique des droits et des institutions, l'explication rationnelle des règles de droit; réflexion spéculative qui tend à découvrir la rationalité du droit sous son historicité.[13]

10. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique,* Paris, PUF, 2001.
11. Voir J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit,* précité, nº 3-4.
12. A. Renaut et M. Troper, "Droit des juristes ou droit des philosophes? Malentendus franco-allemands", *in* P. Bouretz, *La force du droit – Panorama des débats contemporains,* Paris, Editions Esprit, 1991, pp. 229-238.
13. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique,* Pari, PUF, 8ème éd. 2000, *V°* Théorie juridique.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION483 483 4/10/2007 14:40:13

4. PARTANT DE LÀ, ON DEVINE EN QUOI LA THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS SE RAPPROCHE ET SE DISTINGUE À LA FOIS DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

Elle s'en rapproche *en tant que théorie générale*, c'est-à-dire comme réflexion doctrinale ayant pour objet de mettre à jour les fondements et les catégories, les évolutions et les principes à partir desquels s'organise une matière. Elle s'en rapproche aussi en tant que théorie générale *du procès* car le procès est un mode de réalisation du droit, défini, depuis Rome, comme *ars aequi et boni*: *Jus est ars boni et aequi*, le droit est l'art du bon et de l'équitable.[14] Avant d'être utile, le droit doit atteindre au juste. Ainsi que l'écrivait Paul Roubier, dans les développements de sa théorie générale consacrés à l'axiologie juridique: "*Une deuxième valeur sociale qui constitue un objectif à atteindre pour le droit, c'est la justice*".[15] Or, le procès est la manière ordinaire d'administrer la justice. La justiciabilité est même le critère le plus sûr de la juridicité, si l'on veut bien suivre le doyen Carbonnier qui, à la suite d'Hermann Kantorowicz,[16] suggère:

> [...] il se pourrait qu'en dernière instance, la définition la moins improbable fût encore celle-ci: qu'est juridique ce qui est propre à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès, justiciable de cette activité très particulière d'un tiers personnage qu'on appelle arbitre ou juge.[17]

Le droit ne naît pas avec l'arrivée de Vendredi aux côtés de Robinson Crusoe.[18] Le procès participe ainsi de la théorie générale du droit car il assure la réalisation judiciaire des droits.[19]

Pour autant, *la théorie générale du procès ne se confond pas avec la théorie générale du droit*, qui est à la fois plus étendue et plus limitée. Elle est *plus étendue* que la théorie générale du procès*,* car le droit ne se réduit pas au procès; la justice n'est pas la seule finalité qu'il poursuit: Paul Roubier faisait ainsi de la sécurité la première finalité du droit, et le droit a d'autres manières de se réaliser

14. Définition du droit donnée par Celsus, comme le rapporte Ulpien au Digeste (D. 1, 1, 1): voir H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français,* Paris, Litec, 4ème éd. 1999, nº 195.
15. P. Roubier, *op. cit.,* nº 37, p. 325 et, plus largement, pp. 211 *sq* sur l'idéal de justice et les lois injustes.
16. H. U. Kantorowicz, *The définition of law,* 1958.
17. J. Carbonnier, Les hypothèses fondamentales de la sociologie juridique, *in: Flexible droit:* pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, LGDJ, 8ème éd., 1995, p. 21. – Voir aussi C. Atias, *V°* Justiciabilité, *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice,* Paris, PUF, 2004.
18. D. Defoe, *La Vie et les aventures étranges et surprenantes de Robinson Crusoé de York, marin,* 1719.
19. Voir notamment J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit* précité, spécialement nº 285-312, qui consacre un chapitre au juge et au procès.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION484 484 4/10/2007 14:40:13

que le procès, qui peut être tenu comme frange pathologique de la vie sociale.[20] Ainsi que l'écrit justement le doyen Carbonnier:

> De ce que la possibilité toujours latente d'un procès soit inhérente à la notion du juridique, il ne s'ensuit pas que la réalité du droit se confonde avec le contentieux. Une des bases de la sociologie juridique doit être cette constatation que la plupart des rapports de droit n'accèdent pas à la litigiosité. Ils s'accomplissent à l'amiable, et même si quelque différend surgit à leur occasion entre les intéressés, ce différend ne franchit pas le seuil d'intérêt psychologique ou économique au-delà duquel on se décide à plaider. Le contentieux ne nous découvre ainsi qu'une très faible proportion du droit effectif.[21]

La théorie générale du procès est cependant *plus étroite* que la théorie générale du droit car, si le procès a pour objet permettre à un tiers impartial de dire le droit (*juris dictio*) et de lever ainsi une situation d'incertitude juridique, l'empire contemporain du droit ne doit pas faire oublier que le droit est ordonné à la justice, qu'il n'est qu'un des moyens pour y parvenir et qu'il faut donc se défier d'un culte trop absolu du droit pour le droit. Le procès n'a de signification qu'à travers le jugement qui en marque le terme. Mais, en jouant à peine sur les mots, je serai tenté de dire que juger consiste à rendre la justice en disant le droit, et non pas à dire le droit en rendant la justice.[22] La justice est donc plus grande que le droit et l'on sait depuis longtemps que l'équité, qui en est la pointe extrême, peut faire exception au droit quand le droit cesse d'être juste.[23] La justice comme valeur et la justice comme institution mêlent donc leurs eaux dans la théorie générale du procès qui, par là même, doit faire place à d'autres considérations que les seules données juridiques et s'ouvrir aussi bien à l'histoire, à l'économie, à la psychologie, à la sociologie, à l'anthropologie et à la philosophie de la justice. L'observation annonce déjà la distinction de la théorie générale du procès et du droit processuel.

B. THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS ET DROIT PROCESSUEL

5. Le droit processuel est une matière moins récente qu'il n'y paraît.

"*Matière jeune*" qui a actuellement le "*vent en poupe*", écrit Emmanuel Jeuland, qui n'existerait que "*depuis une trentaine année en France*".[24] Il est vrai

20. Voir J. Carbonnier, *op. cit. et loc. cit.*
21. Voir J. Carbonnier, *op. cit. et loc. cit.*
22. *Confer* D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges,* préface G. Wiederkehr, Paris, LGDJ, 1994.
23. Voir L. Cadiet, L'équité dans l'office du juge civil, *in Justice et équité,* Justices, nº 9, 1998, pp. 87-107.
24. E. Jeuland, *Droit processuel,* Paris, LGDJ, 2007, nº 5.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION485 485 4/10/2007 14:40:13

que la matière a été officiellement créée par un arrêté du 28 mars 1966, pris en application d'un décret nº 66-144 du 11 mars 1966, instituant un certificat d'études judiciaires dans les facultés de droit.[25] C'est Henri Motulsky[26] qui en avait fait la proposition au ministre de la justice, garde des sceaux de l'époque, son collègue Jean Foyer. Il s'agissait alors de présenter aux étudiants se préparant au certificat d'aptitude à la profession d'avocat "*une synthèse des grands types de procédures suivies en France devant nos trois ordres de juridiction*".[27] Cette synthèse était largement à construire car les différentes procédures n'étaient jusque là étudiées que séparément, le souci de singulariser les dissemblances l'emportant sur le souhait de souligner les ressemblances. Henri Motulsky a ainsi été le premier à relever explicitement le défi de ce droit processuel essentiellement conçu à l'origine comme une étude comparée des procédures.

Il ne faudrait cependant pas limiter le droit processuel à un simple "*droit comparé des procédures*".[28] Motulsky s'en explique dans la brève introduction du cours publié après sa mort à partir de ses notes: "*approfondir et comparer ou approfondir en comparant*", en rappelant que les textes institutifs visaient les "*'principes généraux du contentieux civil – on dira plutôt 'privé'- pénal et administratif', manifestant ainsi une orientation vers le procès au sens de litige, et vers des problèmes généraux mettant en présence les trois contentieux*", ce qui devait le conduire à l'étude générale de l'action, de l'instance et de la décision, au-delà de leurs applications particulières dans chaque sorte de procédure.[29]

6. En vérité, cette conception n'était pas si inédite que cela.

Bien avant Motulsky, l'idée du droit processuel est venue d'Italie, berceau historique de la science processuelle; l'expression même de droit processuel est directement traduite de l'italien *diritto processuale*, proposé par Giuseppe Chiovenda pour désigner la science du procès.[30] Elle a été diffusée en France par Henry Vizioz, professeur à la faculté de droit de Bordeaux,[31] qui y fait référence pour la première fois en 1927 dans un article paru à la **Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger** sous le titre "Observations sur l'étude de la procédure civile".[32] Cependant, Henry Vizioz

25. *Journal officiel de la République Française***,** 16 mars 1966, p. 2180, spécialement art. 4.
26. 1905-1971. Voir G. Bolard, *V°* Motulsky (Henri), *in: Dictionnaire de la justice* précité.
27. J. Foyer, Préface à H. Motulsky, *Droit processuel,* précité
28. S. Guinchard *et alii, Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable,* Dalloz, précité, nº 2.
29. H. Motulsky, *op. cit.,* pp. 2-3.
30. Sur lequel voir H. Vizioz, *in: Etudes de procédure,* précité, pp. 169-178.
31. 1886-1948: voir H. Vizioz, *Etudes de procédure,* précité
32. Reproduit *in* H. Vizioz, *Etudes de procédure,* précité, pp. 3-52.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION486 486 4/10/2007 14:40:14

employait plutôt l'expression "*droit de la procédure*", "*tout en convenant que celle de* 'droit processuel' *serait peut-être préférable*", mais qu'elle aurait sans doute de la peine à s'acclimater en France.[33] Et d'ajouter:

> En même temps que de droit processuel, on parlerait de rapports processuels, de situations processuelles, et de processualistes pour désigner les auteurs qui s'adonnent à l'étude de cette branche du Droit, de même qu'on a accoutumé de parler des civilistes, des commercialistes, des économistes, etc. Notre langue ne connaît que le terme de *'procédurier'* qui est pris en mauvaise part. On hésite à introduire *procéduralistes* qui est par trop disgracieux. Il faut choisir entre processualistes et procéduristes. Nous inclinons pour processualistes qui est d'un usage assez répandu à l'étranger.[34]

Quarante ans plus tard, Henri Motulsky règlera définitivement la question:

> Pourquoi droit processuel? Ce néologisme est défendable. Il n'y a pas d'adjectif en droit français: 'procédural' n'est pas plus reçu que processuel. Or, d'une part, le terme de 'processualiste' est déjà acclimaté (le terme ancien de 'procédurier' a pris une acception péjorative), d'autre part, le mot italien 'processuale' est fort correctement construit à partir du latin processus; enfin, nous avons 'consensuel' (de consensus) qui figure dans tous les dictionnaires et qui, à un moment donné, passait aussi pour néologisme. Ainsi, ce terme générique 'processuel' ne devrait pas rencontrer d'objection.[35]

Tout était dit et l'on ne devait plus y revenir, enfin presque plus, puisqu'un récent précis collectif de droit processuel contemporain contient encore, à ce sujet, un étonnant morceau de littérature linguistique.[36]

Henry Vizioz n'avait pas seulement introduit le mot; il avait aussi défini la chose. Ses "*Observations sur l'étude de la procédure civile*" étaient déjà un véritable programme de droit processuel, partant de l'idée que cette étude ne peut progresser qu'en s'appuyant sur trois théories fondamentales: celle de l'action, celle de la juridiction, celle de l'instance. Mais, ajoutait-il,

> […] pour que ces théories soient élaborées d'une manière satisfaisante, il est indispensable de sortir du cadre trop restreint du procès civil, de s'informer également des autres types de procès, procès pénal, procès administratif, notamment, dont la physionomie peut être bien différente, mais où doivent néanmoins se retrouver les traits essentiels à tout procès: une notion exacte de l'action, de la juridiction, de l'instance, doit convenir à toute espèce d'action, de juridiction, d'instance. Et bien d'autres problèmes de fond ne peuvent être utilement abordés et convenablement résolus qu'en tenant compte des diverses catégories de procès.[37]

---

33. H. Vizioz, *op. cit*., p. 13, note 2.
34. H. Vizioz*, op. cit. et loc. cit.,* p. 14.
35. H. Motulsky, *Droit processuel,* précité, p. 3.
36. Voir S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel…,* précité, nº 3.
37. H. Vizioz, *op. cit.,* pp. 14-15.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION487 487 4/10/2007 14:40:14

Henry Vizioz donnera lui-même un début d'exécution à ce programme avec sa volumineuse étude sur "Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public", paru en 1931 dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger.*[38] Cet article devait préluder à un *Traité de procédure* appelé à paraître chez Dalloz mais que l'élection de Vizioz au décanat de la faculté de droit de Bordeaux, puis son décès accidentel au retour d'une mission aux Antilles laisseront lettre morte.

En 1966, cette idée et cette conception du droit processuel n'étaient donc pas inédites; elles sont encore exprimées, au milieu des années 1980, par Raymond Martin, avocat de profession, défenseur impénitent d'une conception libérale du procès, qui les met en œuvre dans un livre intitulé, de manière équivoque, *Théorie générale du procès (Droit processuel),*[39] mais, par la suite, cette idée a connu d'autres évolutions.

7. Ces évolutions tiennent, pour l'essentiel, à la démultiplication importante des trois procédures originaires sous la double pression, essentiellement d'origine internationale, d'une part, du développement du marché et, d'autre part, de la promotion des droits de l'homme. On reconnaît là les deux logiques dont le conflit est à la base du projet pour un droit commun conçu par Mireille Delmas-Marty.[40] Il en est résulté de nouveaux besoins juridictionnels que les ordres traditionnels de juridiction ont paru insuffisants à satisfaire. L'arrivée, dans le jeu juridictionnel, de la Cour de justice des Communautés européennes, de la Cour européenne des droits de l'homme, du Conseil constitutionnel, des autorités administratives indépendantes, mais aussi, plus récemment, des juridictions pénales internationales ou de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce ont entraîné, *mécaniquement*, un accroissement et une diversification du champ de la comparaison procédurale. Mais, tout aussi logiquement, comme antidote à la diversité et à la spécialisation des fonctions, sont apparus et continuent d'apparaître des principes fondamentaux de procédure sommairement résumés à travers l'exigence du droit au procès équitable tel qu'il peut résulter, par exemple, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'interprétation qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette situation a conduit quelques auteurs, à dénoncer les limites de la conception comparative du droit processuel:[41]

38. Reproduit *in* H. Vizioz, *op. cit.,* pp. 53-164.
39. R. Martin, *Théorie générale du procès (Droit processuel),* Paris, Editions juridiques et techniques, 1984.
40. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun,* Paris, Seuil, 1994.
41. S. Guinchard *et alii, op. cit*., nº 2.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION488 488 4/10/2007 14:40:14

> Comment en effet, comparer des contentieux qui sont, par nature, par culture, extrêmement différents, à tel point qu'on peut se demander si leur comparaison présente un intérêt autre qu'archéologique? Bien sûr, on peut toujours comparer tout à tout, mais dans quel but si, au final, les institutions sont si différentes qu'on ne peut en tirer aucun enseignement d'ordre théorique et aucune utilité pratique?

et d'ajouter:

> […] surtout, le droit processuel d'aujourd'hui dépasse cette simple comparaison et se trouve irrigué par des standards communs à tous les procès, nationaux ou internationaux, peu important qu'ils relèvent de la matière civile ou de la matière pénale, standards provenant de sources internationales, pour l'essentiel européennes, mais aussi de sources constitutionnelles.

Ainsi, le droit processuel aurait "*changé de dimension*"; il ne serait plus

> […] le droit des procéduriers qui réfléchissent sur leur discipline en comparant les divers contentieux dans leur pure technique procédurale, mais le droit de ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès.

Le droit processuel, "*dans une première approche qui complète la première sans l'exclure*", ce serait "*le droit du procès, de tous les procès*". Le droit processuel est alors défini comme le droit comparé *et* le droit commun du procès, combinant ainsi approche verticale pour le droit comparé et approche horizontale pour le droit commun,[42] encore que, pour ma part, j'aurais plutôt qualifié le droit *comparé* des procès de droit processuel horizontal, car la comparaison est un exercice de transversalité, et le droit *commun* du procès de droit processuel vertical, car ces normes communes surplombent les différents contentieux comme autant de normes supérieures s'appliquant à des normes inférieures: ici, le rapport est tout de verticalité.

8. Cette extension contemporaine de la notion de droit processuel n'est ni inexacte, ni injustifiée. Je suis plus réservé, en revanche, en ce qui concerne les raisons invoquées et la définition retenue.

En premier lieu, je trouve qu'il y a quelque excès à affirmer que les différents contentieux sont "*par nature, par culture, extrêmement différents*". Outre qu'on aimerait bien avoir des explications sur cette différence "*par nature, par culture*", car ce n'est pas tout à fait la même chose, toutes les procédures proviennent, pour l'essentiel, de matrices sinon uniques, du moins élémentaires qui, pour le monde occidental, viennent du droit romain. Leur différenciation ne s'est faite

42. Qualifications retenues par S. Guinchard *et alii, Droit processuel…,* précité, nº 8.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION489 489 4/10/2007 14:40:14

que progressivement au cours de l'histoire, phénomène plus culturel que naturel, et d'un certain point de vue l'apparition d'un socle juridictionnel et procédural commun aux pays d'Europe, pour ne viser qu'eux, est une manière de retour aux origines. Je renvoie, sur ce point, aux actes d'un colloque publié, il y a quelques années, sous la direction de Robert Jacob et sous le titre "*Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes"*.[43] Au demeurant, ces différences ne sont pas extrêmes; elle sont même relativement réductibles ainsi que le montre l'élaboration de principes UNIDROIT de procédure civile transnationale.[44]

Il est pareillement excessif de limiter à un intérêt purement archéologique les vertus de la comparaison. Outre qu'il n'est jamais inutile de savoir d'où l'on vient, ce que Henri Battifol exprimait en disant que "*l'intelligence du droit passe par la connaissance de sa genèse historique"*, la comparaison n'est pas seulement mise en relief des ressemblances; elle est aussi recherche du sens et des raisons des différences (*compare and contrast*), et cette recherche est riche d'enseignements à la fois théoriques et pratiques: la compréhension des différences permet de faire évoluer les solutions. Aujourd'hui, du reste, il se trouve beaucoup d'auteurs pour défendre cette conception comparative du droit processuel, tels Marie-Anne Frison-Roche, William Baranès et Jacques-Henri Robert[45] ou, encore, plus récemment, Emmanuel Jeuland, qui observe justement, dan son bel ouvrage de droit processuel, que "*le but de cette comparaison n'est pas nécessairement la mise à jour d'un droit commun"*, qu'il est "*tout aussi riche de dégager les spécificités ainsi que les relations entre les diverses procédures*", voire même que " *l'intérêt de la comparaison grandit avec l'étendue des différences"*.[46] Au demeurant, Henry Vizioz avait déjà fait justice, par anticipation, de cette critique:

> Il est permis d'ajouter que la comparaison des formes elles-mêmes, par où s'accuse principalement la variété, présente, surtout si l'on relève les motifs de ces différences, le plus vif intérêt pour l'intelligence de la technique procédurale et la critique raisonnée des institutions.[47]

En second lieu, s'il est par ailleurs vrai que "*le droit processuel se trouve irrigué par des standards communs à tous les procès, nationaux ou internationaux",*

43. Voir R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes,* Paris, LGDJ, 1996.
44. Voir F. Ferrand (dir.), *La procédure civile mondiale modélisée,* Paris, Editions juridiques et techniques, 2004. Depuis cet ouvrage, qui recueillait les actes d'un colloque organisé à Lyon en 2004, la version définitive des Principes a été adoptée: ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure,* Cambridge University Press, 2006.
45. M.-A. Frison-Roche, W. Baranès et J.-H. Robert, Pour un droit processuel, *Dalloz* 1993, chron. 9.
46. E. Jeuland, *op. cit.,* nº 14.
47. H. Vizioz, *op. cit. et loc. cit*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION490 490 4/10/2007 14:40:15

je ne suis pas sûr qu'il importe peu que ces procès "*relèvent de la matière civile ou de la matière pénale*". D'une part, les singularités de ces matières conduisent à leur réserver des principes particuliers: la chose est notable en ce qui concerne la matière pénale pour laquelle le droit au procès équitable ne se réduit pas au § 1 de l'article 6, mais s'étend aussi aux § 2 et 3 du même article, sans compter d'autres dispositions comme, par exemple, l'article 5, l'article 7 ou le Protocole nº 7. D'autre part, même dans l'application qui est faite des principes communs, comme ceux de l'article 6 § 1, la Cour européenne des droits de l'homme ne manque pas de prendre en considération les spécificités procédurales du contentieux auquel il s'applique et, ceci, aussi bien en matière civile, qu'en matière administrative ou en matière pénale: les critères d'évaluation du délai raisonnable, variables selon les situations, illustrent fort bien cette prise en considération de la matière du litige.[48] Le droit au procès équitable, qui est un plus petit commun dénominateur procédural, n'est pas un principe transcendant, venant du ciel comme un *Deux ex machina;* il est le résultat d'une transaction permanente entre les exigences universelles de bonne justice et les spécificités tant nationales que techniques des contentieux qui y sont soumis. Il ne faut pas, à cet égard, surestimer les standards européens ou internationaux de procédure, dont l'exacerbation peut avoir un effet dissolvant sur les concepts et les techniques des droits nationaux, ce que le doyen Carbonnier traduit à sa manière en observant que "*la cour de Strasbourg est sortie de son lit*".[49]

Il n'est pas très juste, enfin, de borner les tenants de la conception originaire du droit processuel au statut de simples "*procéduriers qui réfléchissent sur leur discipline en comparant les divers contentieux dans leur pure technique procédurale",* par contraste avec la noblesse de "*ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux princi-*

48. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes: voir par exemple CEDH, 17 janv. 2002, *Laine, Revue des huissiers* 2002, 153, obs. Marguénaud (procédure collective, dix années). – CEDH, 3 juill. 2001, *Romo, Dalloz* 2002, somm. 689, obs. Fricéro (procédure administrative; cinq ans et demi). – CEDH, 7 janv. 2003, *C.D.* c/ *France, Revue des huissiers* 2003, 229, obs. Fricéro (importants délais d'inactivité judiciaire). Lorsque le litige doit donner lieu à une solution rapide, compte tenu de l'enjeu pour le requérant (comme, par exemple, une contamination par le virus de l'hépatite C, une indemnisation du licenciement), le juge doit faire le plein usage de ses prérogatives processuelles pour que les exigences de l'article 6, § 1 soient respectées, CEDH, 9 nov. 1999, *Gozalvo, Procédures* 2000, nº 93, obs. Fricéro. Une obligation de "*diligence exceptionnelle*" pèse également sur les autorités nationales dans le contentieux des droits familiaux: CEDH, 19 févr. 1998*, Paulsen-Medalen et Svenson, Dalloz* 1998, somm. 368, obs. Fricéro; *RGDP* 1998, 232, obs. Flauss et 1999, 684, obs. Gouttenoire-Cornut (droit de visite parental, procédure de deux ans et demi, délai non raisonnable). Voir également CEDH, 18 févr. 1999, *Laino, RGDP* 1999, 684, obs. Gouttenoire-Cornut. – CEDH, 14 nov. 2000, *Delgado, Dalloz* 2001, 2787, note Marguénaud et Mouly, qui requiert "*une célérité particulière*" dans le contentieux du travail.

49. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République,* Paris, Flammarion, 1996, pp. 55-56.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION491 491 4/10/2007 14:40:15

pes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès". Cette présentation ne rend pas compte de manière fidèle de la pensée et des travaux de ceux qui, comme Vizioz et Motulsky, ont donné ses lettres de noblesse au droit processuel. Je me contenterai ici de renvoyer à l'article fondamental de Motulsky, intitulé "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile", paru dans les *Mélanges Roubier* en 1961, en m'arrêtant à ces lignes de conclusion :

> Il est à peine besoin de conclure: nous avons laissé parler les faits; et ils paraissent éloquents. Que prouvent-ils? Au moins, semble-t-il, deux choses, d'ailleurs connexes: l'exactitude de l'assertion d'après laquelle le juge, dans sa tâche la plus quotidienne, 'bute contre le droit naturel à chaque démarche de sa pensée'; d'autre part, l'impossibilité inhérente à la nature de l'homme et à la nature des choses, de s'en tenir, fût-ce dans les solutions les moins chargées de philosophie en apparence, à une pure technicité et de faire abstraction des exigences supérieures de l'idéal de justice. Il est encourageant de constater que c'est ainsi en se mouvant dans les arcanes d'une science décriée pour ses chicanes et la sécheresse de sa réglementation que l'on est amené à se pénétrer de cette évidence: la force indestructible du droit naturel?[50]

9. Sous ces réserves, le droit processuel pourrait être défini aujourd'hui comme le droit commun *du* procès et le droit comparé *des* procès. Cependant, ce n'est pas œuvre de droit processuel que j'invite à faire pour ma part, mais œuvre de théorie générale du procès. Trois raisons principales motivent cette préférence.

D'abord, la notion de théorie générale du procès me semble moins contraignante que la référence au droit processuel comme il est défini aujourd'hui au terme de l'évolution qui vient d'être décrite. Certes, comme l'écrit Raymond Martin, "*la comparaison peut servir la théorie générale*", qui "*se situe à un degré d'élaboration supérieur à celui de la comparaison*", mais la comparaison n'est pas une condition de la théorie générale; la théorie générale ne saurait encore moins s'y réduire; elle offre donc plus de souplesse que le droit processuel.[51]

En outre, si l'expression de droit *comparé* des procès peut être admise sans trop de difficulté (encore qu'il serait plus juste de parler de procédures comparées), la référence au droit *commun* du procès ne va pas de soi. En effet, si les mots ont un sens, l'expression "droit commun du procès" devrait en effet désigner l'ensemble des règles de droit générales et abstraites applicables à l'ensemble des procès quels qu'ils soient. Or, il est permis de douter de l'existence de ces règles; à proprement parler, disons même qu'il n'y en a pas: les plus générales d'entre elles, à supposer qu'on veuille bien y voir des règles, celles qui résultent

50. Et reproduit *in* H. Motulsky, Ecrits, t. 1: *Etudes et notes de procédure civile,* Paris, Dalloz, 1973, préface G. Cornu et J. Foyer, pp. 60-84, spécialement p. 84.
51. *Confer* R. Martin, *op. cit.,* nº 3: *"la théorie générale du procès ne serait donc qu'un droit comparé"*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION492 492 4/10/2007 14:40:15

de la Convention européenne des droits de l'homme, plus précisément, de son article 6, ne sont applicables ni en matière internationale, aux procès qui se déroulent devant des juridictions internationales autres que la Cour européenne des droits de l'homme, ni, en droit interne, aux procédures constitutionnelles, aux procédures arbitrales et aux procédures amiables. On peut certes y voir l'expression d'un certain nombre de principes *fondamentaux* qui doivent inspirer, quant à eux, tous les procès quels qui soient, mais il y a alors abus à parler de droit commun. Il serait préférable d'y voir la matière d'une *théorie générale*. On ne saurait donc confondre les deux expressions et suivre, par exemple, les auteurs pour lesquels:

> On assiste actuellement (…) à la création progressive, mais inéluctable, d'une science de la procédure, d'un nouveau droit processuel envisagé comme un droit commun à tous les types de contentieux.[52]

Une chose est le droit commun, autre chose est la théorie générale. La confusion semble être ici l'inverse de celle qui a été pertinemment dénoncée par Eric Savaux à propos de l'emploi généralisé par la doctrine civiliste de l'expression "théorie générale du contrat" pour désigner, en vérité, le droit commun des contrats.[53] La référence à la théorie générale du procès me semble mieux rendre compte que ce que l'on veut traiter ici. Comme l'écrit Eric Savaux,

> Une théorie générale apparaît (…) comme une recherche d'essence, sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas. Elle est une pensée relative au Droit, non dans le Droit.[54]

Ajoutons *enfin* qu'en traitant de théorie générale *du procès*, cette pensée relative au procès s'affranchit des strictes limites de la juridicité et s'autorise à aller puiser à d'autres sources, à d'autres savoirs que ceux du droit: la philosophie, la sociologie, l'économie, l'histoire, pour ne citer que les disciplines principales prenant aussi la justice et le procès pour objet d'étude, ce en quoi il y a plus qu'une différence terminologique entre le droit processuel et la théorie générale du procès.[55] Parmi ces savoirs disponibles, c'est la philosophie et, accessoirement, l'économie qui, sans doute, méritent le plus d'attention aujourd'hui et, au nombre des philosophes contemporains, Paul Ricœur et Jürgen Habermas justifient une attention toute particulière, plus que John Rawls, étant cependant rappelé qu'il faut plus que jamais relire Aristote, qui n'a absolument rien perdu de son actualité.

---

52. S. Guinchard *et alii, Droit processuel...,* précité nº 7.
53. E. Savaux, *La théorie générale du contrat: mythe ou réalité?* Paris, LGDJ, 1997.
54. E. Savaux, *op. cit*., nº XIII.
55. Voir cependant E. Jeuland, *Droit processuel*, précité, nº 5 et 6.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION493 493 4/10/2007 14:40:15

Les réflexions d'Habermas sur l'éthique de la discussion et sur la procéduralisation du droit, comme forme de la procéduralisation de l'espace public,[56] ont exercé une influence certaine dans le domaine juridique, qu'il s'agisse de légitimer le développements des modes alternatifs de règlement des conflits *via*, notamment les travaux de Jacques Lenoble et Jean de Munck,[57] ou d'éclairer l'extension importante du principe de la contradiction y compris en dehors du droit du procès.[58] Certains juristes l'invoquent même pour aller plus loin, faisant du procès le "*modèle du politique*", le procès juridictionnel et le gouvernement politique consistant tous deux, dans "*l'art de prendre de bonnes décisions*", selon l'expression de Marie-Anne Frison-Roche, qui ajoute: "*toute décision devant être la meilleure possible, notamment lorsque autrui en subit les effets, toute décision doit nécessairement suivre une méthode délibérative et emprunter les modes procéduraux rôdés dans les procès*".[59] Le constat ne manque pas de pertinence, mais il faut en marquer les limites car si une procédure juste conduit à une juste décision mieux qu'une procédure injuste, l'éthique procédurale, qui est une des formes de l'éthique de discussion, n'est pas une garantie absolue de bonne justice, et encore moins une fin en soi. Comme l'écrit Gérard Timsit:

> Les procédures ne valent que ce que valent les démocraties qui en font usage" et "on ne saurait faire l'économie d'une réflexion sur les valeurs sociales qui fondent le droit et croire par exemple que le simple jeu des procédures pourrait suffire à donner aux décisions judiciaires la légitimité qui leur manque.[60]

---

56. De cet auteur, voir spécialement *Théorie de l'agir communicationnel,* 2 volumes, Paris, Fayard, 1987; *L'éthique de la discussion,* Paris, Flammarion, 1992; Droit et démocratie. Entre faits et normes, Paris, Gallimard, 1997, et, sur Jürgen Hebermas, voir notamment P. Guibentif, Et Habermas? Le droit dans l'œuvre de Jürgen Habermas. Elements d'orientation, *Droit et Société,* nº 11-12, 1989, pp. 159 *sq*. – S. Haber, *V°* Habermas Jürgen, *Dictionnaire de la justice* précité – J. Lenoble, Droit et communication: Jürgen Habermas, *in:* P. Bouretz (dir.), *La force de droit* précité, pp. 163-190.
57. De ces auteurs, voir spécialement, Repenser le libéralisme – Au-delà des critiques communautariennes et postmodernes, *in: Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux,* Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 299-343; L'espace public comme procédure, *in: Raisons pratiques,* 3, 1992, pp. 83-108, avec A. Berten, et J. de Munck, Déformalisation, dérégulation et justice procédurale. Notes de synthèse, *in: Les Carnets du Centre de philosophie du droit,* nº 10, Université catholique de Louvain; La médiation en perspectives, *in: Les Carnets du Centre de philosophie du droit,* nº 10, Université catholique de Louvain, 1995; Le pluralisme des modèles de justice, *in:* A. Garapon et D. Salas (dir.), *La justice des mineurs – Evolution d'un modèle,* Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 1995, pp. 91-138.
58. Voir notamment la thèse de L. Ascensi, *Du principe de la contradiction,* thèse Paris 1, 2004, spécialement pp. 258-272, publiée à Paris, LGDJ, 2006, préface L. Cadiet.
59. Voir M.-A. Frison-Roche, Evaluation critique, *in:* M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun,* Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 157-161, spécialement p. 159.
60. G. Timsit, Le concept de procès équitable ou la place du tiers en droit entre le zéro et l'infini, *in* M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun,* précité, pp. 25-42, spécialement p. 41.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION494 494 4/10/2007 14:40:15

C'est ici que la théorie du juste de Paul Ricœur est d'un grand secours, lui qui pense, au rebours de John Rawls, qu'une théorie purement procédurale de la justice n'est pas possible et réaffirme donc la "*fondation éthique du concept de justice*". Selon lui,

> […] nous ne pouvons pas nous passer d'une évaluation critique de notre prétendu sens de la justice"; "un sens moral de la justice fondé dans la Règle d'or – "Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te sois fait" – est toujours déjà présupposé par la justification purement procédurale du principe de justice.

La conception procédurale de la justice fournit "*au mieux*" une rationalisation d'un sens de la justice qui est toujours présupposé. Qu'est d'autre, en effet, l'argument *maximin* sinon un argument tacitement éthique? En critiquant les thèses utilitaristes selon lesquelles il faut accepter le sacrifice de quelques uns si cela est nécessaire au bien du plus grand nombre, John Rawls oppose un argument moral qui postule le retour à la *Règle d'or*. D'où, chez Ricœur, l'enracinement de l'idée de justice dans le sol d'une anthropologie philosophique. La théorie de la justice selon Paul Ricœur repose, d'abord, sur une philosophie du sujet définie, principalement, dans *Soi-même comme un autre,*[61] comme ipséité, c'est à dire constitution dialogique du sujet qui n'a d'identité que dans son rapport à l'autre.

Ces considérations ne sont pas étrangères aux préoccupations des juristes contemporains qui ont naturalisé ces débats philosophiques opposant justice substantielle et justice procédurale. Cette naturalisation est particulièrement nette dans le débat relatif à l'institution d'une justice internationale, sinon universelle, où la question se pose de savoir comment construire une communauté de droit sans communauté de valeurs, l'idée étant, comme l'écrit Mireille Delmas-Marty, qu' " *il semble plus facile de se mettre d'accord sur une façon commune de dire le droit que sur une conception commune des valeurs inscrites dans les règles de droit"*.[62] Plus spécifiquement, ces considérations philosophiques me paraissent d'une grande utilité quand vient le moment de rendre compte de la fonction du procès et des règles du procès, intimement corrélées à la notion de procès qui est lui-même ordonné à la recherche de la justice. Il faut alors soumettre le procès à l'épreuve de la théorie générale.

II. LE PROCÈS À L'ÉPREUVE DE LA THÉORIE GÉNÉRALE

10. Le procès peut emprunter bien des formes selon son objet et l'activité juridictionnelle obéit à des règles différentes selon que sont en jeu de simples

61. P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre,* Paris, Le Seuil, 1990.
62. Voir, très nettement, M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l'universel,* Paris, Editions du Seuil, 2005, pp. 158-167.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION495 495 4/10/2007 14:40:16

intérêts particuliers, qu'interfère l'intérêt général ou qu'entrent en considération les questions de souveraineté étatique. Est-ce pour cela que la notion même de procès a été peu étudiée, l'impossible subsomption de ses espèces sous un genre unique? Hier, en tout cas, l'accent a davantage été mis, en doctrine, sur la notion de juridiction, autrement dit sur ce qui fait la spécificité de la fonction de juger par rapport aux autres fonctions de l'Etat, singulièrement, la fonction administrative, corrélée au pouvoir exécutif. Et aujourd'hui, en tout cas, la montée en puissance du droit au procès équitable attire tous les regards et l'auscultation envahissante de la notion de procès équitable en fait oublier le concept même de procès. Qu'est-ce donc que le procès? Étymologiquement, procès vient du latin juridique *"processus"* qui dérive lui-même de "*processum*", supin de *"procedere"*, signifiant *"avancer"*. *Le Grand Robert de la langue française* définit le procès comme le "*litige soumis par les parties à une juridiction*". Le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction du doyen Cornu retient également cette définition, à titre principal: "*Litige soumis à un tribunal; contestation pendante devant une juridiction*". Cette définition est correcte, mais elle doit être explicitée car elle définit principalement le procès à travers sa *matière*, c'est-à-dire le litige qui y donne lieu. Or, le procès désigne non seulement le *litige* porté devant un juge, mais aussi la façon dont ce litige sera traité par la juridiction saisie, c'est-à-dire la soumission du litige au juge, autrement dit la *procédure*: en ce dernier sens, le procès constitue bien une solution du litige, au sens quasiment chimique du terme, une *manière* de résoudre le litige et, à ce compte, le jugement est un précipité. C'est à ce deuxième sens du procès que renvoie, pour sa part, désigne le *Dictionnaire de la langue française* de Paul-Emile Littré, en définissant le procès comme l'" *instance devant un juge, sur un différend entre deux ou plusieurs parties (ainsi dite à cause de la marche, du développement qui suit une affaire devant un tribunal*" (Littré), ce qu'évoque aussi, comme un sens second, le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu: "*Parfois synonyme de procédure, instance*". Litige, différend, contestation? Procédure, instance? Ces premiers éléments de définition suggèrent que, même ainsi identifiée au litige (A) et à la procédure (B), la notion de procès soulève encore des difficultés qui invitent à aller voir plus loin.

A. Le procès comme litige

11. Parmi les divers éléments composant le phénomène judiciaire, le litige figure à la première place. Cette primauté n'est pas seulement chronologique; elle est aussi logique: s'il peut y avoir litige sans procès, dès lors que le litige se règle sans recours à une procédure juridictionnelle, il n'y a pas de procès sans litige. L'existence d'un litige est pourtant contestée dans certains procès: ainsi, en matière civile dans la procédure gracieuse, en matière administrative dans

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION496 496 4/10/2007 14:40:16

le recours pour excès de pouvoir ou, en matière pénale, dans l'action publique. Il faut donc essayer d'y voir plus clair dans la notion de litige, ce qui n'est pas simple car la notion de litige a été assez peu étudiée par les juristes. La terminologie elle-même varie d'un texte à l'autre, d'un jugement à l'autre, d'un auteur à l'autre, le litige faisant parfois place à la contestation, au désaccord, au différend ou au conflit, voire au dissentiment ou à la dispute, mot devenu désuet en France mais toujours utilisé en *common law* (*dispute resolution*). Le droit du travail illustre bien cette polyphonie, je n'ose dire cette cacophonie, car si l'expression "conflit social" est fort en usage et si le livre 5ème du Code du travail est tout entier consacré aux "*Conflits du travail*", "*individuels*" (art. L 551-1 à L. 51-10-2) aussi bien que "*collectifs*" (art. L. 521-1 à L. 526-1), l'article L. 511-1, qui définit la compétence des conseils de prud'hommes, se réfère, à la fois, aux "différends" et aux "litiges" qui sont pris ici pour synonymes: "*différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail*", "*en cas de litige entre l'employeur et les salariés qu'il emploie*".

Comment ordonner ce foisonnement?

12. Il faut peut-être partir de cette idée simple qu'un juge n'est saisi qu'en cas de question à laquelle il faut apporter une réponse qui fasse foi. Si cette question doit être réglée par un juge, plutôt que par une autorité administrative ou un notaire, c'est que sa solution nécessite d'arbitrer entre des intérêts: intérêts privés entre eux, intérêts publics entre eux, intérêts privés et intérêts publics et que seul un tiers n'ayant aucune part au conflit (tiers impartial) peut le faire. Ce règlement est, en ce sens, une mission d'intérêt général car tout conflit est, objectivement, un trouble social, quelle que soit l'importance de ce trouble.

Ce conflit justifiant l'intervention du juge n'est donc pas nécessairement un conflit de *personnes* (on peut alors aussi parler, dans ce cas, de différend, de désaccord, de contestation, en tant que ces expressions expriment un conflit de *volontés;* on pourrait dire aussi un heurt de *prétentions*); il peut n'être qu'un conflit d'*intérêts:* il suffit alors d'une prétention susceptible de porter atteinte à un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son auteur (autre intérêt privé, ou intérêt public). Mais si tout procès, en tant que procédure de règlement juridictionnel, suppose ainsi un conflit, tout conflit n'est pas forcément matière à procès; il ne l'est, ou ne le devient, qu'à la condition d'être juridiquement relevant. C'est ici qu'apparaît la notion de litige (du latin *litigium*, de *lis*: procès, et *agere*: conduire, littéralement ce qui conduit au procès). A la différence du conflit, le litige est juridiquement connoté, en ce qu'il se définit comme un conflit sur ce que requièrent, autorisent ou interdisent les règles de droit pertinentes, ce que seul peut juger un tiers impartial investi du pouvoir de dire le droit dans un acte d'autorité qui ne peut être contesté que devant un autre juge.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION497 497 4/10/2007 14:40:16

Le problème est que le procès civil passe, traditionnellement, pour offrir l'archétype du litige. Selon l'analyse de MM. Cornu et Foyer,[63] le litige est d'abord un désaccord de volontés relativement à un objet donné. De même que le contrat est un accord de volontés, de même le litige est un conflit de volontés. Schématiquement, le différend se décompose en deux prétentions opposées: un sujet de droit prétend une chose que lui conteste un autre sujet de droit. Ce conflit ne constitue un litige, condition du procès, que s'il est d'ordre juridique. Le désaccord des volontés n'est pas quelconque; son objet est juridique; le désaccord s'établit entre deux sujets *de droit* agissant à ce titre. Ce n'est ni une dispute de théologiens, ni une querelle d'amoureux. Le différend ne se développe pas dans le non-droit, selon l'expression du doyen Carbonnier,[64] mais dans le droit: le droit est la source et l'aboutissement du litige. Est donc juridique le différend qui naît de l'application du droit pour être résolu par application du droit. On dit aussi, pour exprimer cette juridicité du différend, que la prétention émise en justice n'y est recevable qu'à la condition d'être "*juridiquement relevante*".[65] Par exemple, ne serait pas juridiquement relevante la prétention d'une femme sollicitant d'un juge qu'il condamne son mari à l'aimer; le serait en revanche celle qui solliciterait du juge qu'il condamne l'époux à contribuer aux charges du mariage sur le fondement de l'article 214 du Code civil.

La partie ne doit cependant pas être prise pour le tout. Ce n'est pas parce qu'en matière civile, le litige se présente souvent comme un différend entre personnes que tout litige, en général, doit être réduit à un désaccord de volonté entre deux personnes. Un procès civil peut fort bien se dérouler sans aucun heurt de prétentions: le juge peut ordonner une mesure à l'insu d'une personne (art. 17 et 493 à 498 NCPC, relatifs aux ordonnances sur requête); une personne peut être jugée en son absence, sans qu'elle ait pu exprimer sa volonté: il en va ainsi en cas de défaut de comparution d'une partie, pouvant conduire à un jugement réputé contradictoire ou un jugement par défaut (art. 471 à 479 NCPC). Certes, le code de procédure civile semble parfois se prêter lui-même à cette manière de réduire le litige à un différend entre deux personnes, par prétérition, en définissant la matière gracieuse par "*l'absence de litige"* (art. 25). Mais, en vérité, dans ce cas, il s'agit simplement de l'absence d'un différend déclaré entre deux ou plusieurs personnes, ce qu'exprimait beaucoup mieux la disposition antérieure à l'article 25 du nouveau Code de procédure civile qui définissait la matière gracieuse par l'absence de contestation, c'est-à-dire d'adversaire.[66] A défaut d'être

63. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile,* Paris, PUF, 3ème éd. 1996, p. 41.
64. J. Carbonnier, *Flexible droit* précité, pp. 7-91, spécialement p. 23-47.
65. G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 42.
66. Décret du 9 sept. 1971, art. 63.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION498 498 4/10/2007 14:40:16

patent, comme dans la procédure contentieuse, un litige n'en existe pas moins, en matière gracieuse, à l'état de conflit d'intérêts juridiquement relevant. Au demeurant, l'ombre des tiers et du ministère public, parties potentielles (art. 27, 29, 426 et 427, 546 et 583 NCPC), fait toujours peser la menace d'un contentieux sur la matière gracieuse. Le divorce par consentement mutuel, qui relève de la matière gracieuse (art. 1088 NCPC), illustre le mieux la fragilité de la frontière du contentieux et du gracieux. En matière gracieuse comme en matière contentieuse, le juge prononce un jugement qui, dans les deux cas, peut faire l'objet de recours de la part des parties et des tiers: procédure contentieuse et procédure gracieuse sont semblablement juridictionnelles. Dans le divorce par consentement mutuel, l'absence de désaccord de volontés entre les époux quant à la rupture de leur lien conjugal n'en laisse pas moins subsister un conflit potentiel d'intérêts (non seulement celui des époux, mais aussi celui d'enfants éventuels), donc un litige au sens où je propose de l'entendre, nécessitant une vérification juridictionnelle au terme de laquelle le juge dira le droit les concernant.

Je pense donc qu'il faut "dépersonnaliser" ou "désubjectiver" la notion de litige. Certes, ni le contentieux administratif de l'excès de pouvoir, ni la procédure pénale n'expriment un désaccord entre particuliers. Un *conflit* n'en existe pas moins, même si le litige oppose un particulier à la puissance publique, dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir, ou à la société elle-même dans la procédure pénale. Et ce conflit est bien *d'ordre juridique,* même s'il ne met pas forcément en cause des intérêts constitués sous forme de droits subjectifs; la juridicité du différend peut aussi tenir à la violation de la règle de droit, du droit dit objectif: ainsi, quand il est reproché à l'autorité administrative d'avoir édicté un acte contraire à la norme qui lui est supérieure ou à un particulier d'avoir eu un comportement contraire à la loi pénale. Du reste, c'est bien de *litige* dont parle le Code justice administrative à propos des contraventions de grande voirie (art. R. 431-3, 1º) qui est pourtant analysé comme une "*contentieux répressif*" (" *le seul*" qui soit "*dévolu à la juridiction administrative*").[67] La légalité d'un acte administratif comme la sanction d'un acte répréhensible peuvent donc être constitutifs d'un litige et il est possible d'affirmer pareillement que la question de la constitutionnalité d'une loi, lorsque le Conseil constitutionnel en est saisi, est aussi objet de litige que la juridiction constitutionnelle a pour mission de trancher selon une procédure réglée, ce qui caractérise bien l'existence d'un procès constitutionnel.[68] Au demeurant, la procédure administrative n'ignore pas le contentieux subjectif, comme en témoignent les recours de plein contentieux, et

67. D. Chabanol, *in Code de la justice administrative,* Paris, Editions Le Moniteur, sous art. L. 774-1.
68. Voir P. Jan, *Le procès constitutionnel,* Paris, LGDJ, 2001.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION499 499 4/10/2007 14:40:17

la procédure pénale, à travers l'action civile, à côté de l'action publique, montre également que contentieux objectif et contentieux subjectif peuvent coexister au sein d'un même procès. À l'inverse, le droit judiciaire privé n'est pas rebelle au contentieux objectif: lorsque le ministère public agit en qualité de partie principale pour la défense de l'ordre public (art. 423 NCPC), y compris de l'ordre public communautaire (art. 1441-2 NCPC, en matière de marchés publics de droit privé), voire lorsque "*tous ceux qui y ont intérêt*" peuvent agir en nullité d'un mariage illicite (art. 184 C. civ.), le procès civil ne repose pas sur la violation d'un droit subjectif.

A chaque fois, ce qui compte, c'est moins l'existence d'un différend opposant des personnes que l'existence d'une situation d'incertitude juridique, s'exprimant à travers une contestation (le contentieux) ou non (le gracieux), justiciable, en toute hypothèse, d'une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause. Que la procédure obéisse à des règles différentes selon la nature des intérêts en cause est une autre affaire qui ne contredit pas l'existence d'un litige soumis à un juge: on conçoit sans peine que le contrôle de la constitutionnalité d'une loi n'obéisse pas aux mêmes règles que l'action en paiement d'une créance. Dans tous ces cas, la subordination de la recevabilité de l'action ou du recours à la nécessité d'un intérêt à agir exprime la définition du litige comme conflit d'intérêts, même si "*l'étendue de l'intérêt à agir n'est pas identique dans tous les contentieux*".[69]

S'il peut y avoir litige sans procès, il ne peut donc pas y avoir de procès sans litige. Une dissociation comparable s'observe à l'analyse de la deuxième composante du procès, la procédure.

B. Le procès comme procédure

13. Cette "*manière de procéder*", comme la désigne le *Dictionnaire de la langue française* de Paul-Emile Littré, est l'acception la plus courante du procès; elle correspond à la définition que donnait Pothier de la procédure à la fin de l'Ancien Régime: *"la procédure est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter"*.[70] Et, en ce sens, c'est d'abord à l'instance que renvoie la procédure. Mais la procédure ne saurait être réduite à l'instance car, si l'instance suppose la saisine du juge, cette saisine suppose elle-même l'exer-

69. O. Gohin, *Contentieux administratif,* Paris, Litec, 4ème éd. 2005, nº 223. Voir aussi C. Schaegis, "L'intérêt en droit administratif processuel", *Revue générale de droit processuel,* 1999, pp. 1 *sq*.
70. *Traité de la procédure civile,* Paris, Debure, 1772, *in limine*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION500 500 4/10/2007 14:40:17

cice préalable d'une *action* dite précisément *"en justice"*. L'instance n'est que la phase *judiciaire* de la procédure. Action, instance, voilà la dualité qui exprime le procès en tant que procédure, qui ne se réduit ni à l'une, car le procès suppose la saisine d'un juge, ni à l'autre, car le procès préexiste à la saisine du juge. Cette définition courante de la procédure renvoie donc à la théorie de l'action et à la théorie de l'instance. La théorie de l'action soulève le problème principal de la distinction du droit et de l'action. La théorie de l'instance renvoie, quant à elle, à différentes questions théoriques comme celle des limites temporelles de l'instance et celle de la nature contractuelle de l'instance.[71] Je me contente ici de les mentionner car elles sont assez classiques. Il est plus intéressant de se demander, au-delà de cette définition qui assimile procès et procédure, s'il peut y avoir procès sans procédure et procédure sans procès.

14. Peut-il y avoir *procès sans procédure?* La chose est douteuse si l'on voit dans le procès la solution d'un litige par un juge. Tout procès, en ce sens, postule une procédure, même sommaire, car il faut bien que le juge soit saisi et qu'il prononce son jugement. Cela seul est déjà une procédure et, dans une société dominée par les systèmes-experts, le juge automate qui distribuerait des jugements à la manière d'un distributeur de café le ferait grâce à la mise en œuvre d'un *processus*, qui serait une manière de procédure.[72] Que cette procédure soit équitable est une autre affaire.

D'aucuns soutiennent cependant l'idée de procès sans procédure. C'est le cas, sous la plume de Xavier Lagarde, du précis *Dalloz* de Droit processuel,[73] mais l'expression est déceptive, qui désigne alors les règlements amiables, (conciliation, médiation, transaction) et les règlements juridictionnels de type arbitral. Or, les règlements amiables ne sont pas des procès, en l'absence de juge pour résoudre le litige; ce sont plutôt des procédures sans procès; quant à l'arbitrage,

71. A partir de la définition donnée par le Vocabulaire juridique publié sous la direction du doyen Cornu: "1. "procédure engagée devant une juridiction; phase d'un procès. Ex. la première instance est celle qui se déroule devant les premiers juges, au premier degré de juridiction, éventuellement suivie d'une instance en appel ou en cassation "; 2. plus précisément, "la suite des actes et délais de cette procédure à partir de la demande introductive d'instance jusqu'au jugement ou aux autres modes d'extinction de l'instance (désistement, péremption), y compris instruction et incident divers (suspension, interruption et reprise d'instance); on parle en ce sens du déroulement ou de la poursuite de l'instance". 3. "par extension, situation juridique des parties en cause; l'instance est en ce sens un lien juridique source de droits et d'obligations pour les parties à l'instance (on parle aussi de lien d'instance)".
72. La distinction entre procédure et processus est évoquée par E. Jeuland, *op. cit*., nº 6. Elle gagnerait à être approfondie pour mieux distinguer, dans le fonctionnement de l'institution judiciaire, ce qui relève de l'activité administrative et ce qui relève de l'activité juridictionnelle. Ces deux aspects sont trop souvent emmêlés ainsi que le montre la notion de mesure d'administration judiciaire. Voir, en ce sens, H. Pauliat, "Processus, procédures: à la recherche de la qualité de la justice", CIAJ nº 13, pp. 305-325.
73. S. Guinchard *et alii, Droit processuel* précité, nº 584-627.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION501 501 4/10/2007 14:40:17

c'est bien un procès, mais ce procès obéit à une procédure réglée: cette procédure l'est même, en France, par les codes de procédure, plus précisément au Livre IV du nouveau Code de procédure civile.

15. Y a-t-il place, du moins, pour les *procédures sans procès?*

Ici, la réponse est affirmative, mais il faut en circonscrire le cercle.

Les procédures sans procès sont parfois définies, restrictivement, comme les procédures "*applicables aux personnes physiques ou morales qui, en l'absence de procès, exercent un pouvoir de décision au détriment d'autrui*",[74] ce qui, pour les auteurs du précis Dalloz de droit processuel, vise les procédures "décisionnelles", en pratique les procédures administratives préalables. Mais, il faut observer, avec Rafael Encinas de Munagorri, que le privilège du préalable trouve aussi à s'appliquer dans les rapports de droit privé, comme en témoignent le pouvoir disciplinaire de l'employeur ou le pouvoir de résolution d'un contractant[75] et, de fait, les procédures sans procès ne se limitent pas aux procédures administratives préalables. Elles trouvent aussi à s'appliquer dans les procédures de décision du droit privé, comme l'a fort bien montré Hervé Croze dans son article aux *Mélanges Normand*, sous le titre explicite:

> Au-delà du droit processuel: pour une théorie juridique de la décision",[76] d'où j'extrairai cette citation: "les droits de la défense, le respect du contradictoire, plus généralement le droit à des formes procédurales, ainsi que le droit à une motivation de la décision s'apparentent davantage à la catégorie des droits fondamentaux qu'au droit processuel strict. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un procès pour que ces droits existent, il suffit que quelqu'un puisse prendre une décision qui risque de porter préjudice à autrui. Ce qui est présenté quelquefois comme un droit commun du procès est bien plutôt un droit commun de la prise de décision juridique.[77]

En vérité, il est même permis d'aller plus loin car la procédure a un sens encore plus général, signalé par tous les bons dictionnaires de la langue française: elle est toute "*manière de procéder juridiquement*",[78] c'est à dire de parvenir à un résultat juridique, loi, décision administrative ou acte juridique. Il existe ainsi une procédure *législative*, qui organise l'élaboration et le vote des lois, une procédure *administrative*, dite non contentieuse, qui régit le fonctionnement de

74. S. Guinchard *et alii, Droit processuel* précité, nº 628-637.
75. R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels,* préface A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, 1996.
76. H. Croze, Au-delà du droit processuel: pour une théorie juridique de la décision. *In: Mélanges Jacques Normand,* Paris, Litec, 2003, pp. 125 *sq.*
77. H. Croze, *Au-delà du droit processuel: pour une théorie juridique de la décision,* précité, nº 19
78. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert, par A. Rey et J. Rey-Debove, *V° Procédure,* 2º.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION502 502 4/10/2007 14:40:17

l'administration, et l'on peut même parler de procédure *contractuelle* dès lors que le contrat, conçu comme *contrahere* et non pas *contractus*, n'est pas conclu et exécuté en un instant de raison, mais donne lieu à négociation, voire à contrôle de son exécution, ce qui est fréquent dans les contrats complexes et dans les contrats de longue durée. Certains auteurs –je pense ici à Jacques Ghestin- parlent même de procédure à propos de la formation du contrat et de l'échange des consentements à partir duquel cette formation s'opère.[79] La vie des institutions privées se rattache également à ces procédures contractuelles, qu'il s'agisse, par exemple, du fonctionnement des sociétés, des associations, des copropriétés.[80] D'où, au demeurant, la nécessité de respecter, en tant que de besoin, certaines règles empruntées au droit du procès: c'est ainsi qu'un groupement de personnes, personnifié ou non, ne peut exclure un de ses membres sans respecter le principe du contradictoire qui conduit à informer préalablement la personne concernée en lui donnant la possibilité de faire valoir ses observations. De même, le respect de la contradiction, la motivation des décisions, qui participent des droits de la défense, ne sont pas inconnus de la procédure administrative non contentieuse.[81] Le droit à une bonne administration consacré à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est, *mutatis mutandis*, un décalque du droit à un procès équitable que proclame de son côté l'article 47 sous le nom de droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

Certaines situations traduisent même un curieux mélange des genres. Tel était le cas de la procédure administrative avant l'abandon, par le Conseil d'Etat, à la fin du siècle dernier, de la théorie de l'administrateur-juge selon laquelle

79. Voir par exemple G. Rouhette, *V°* Contrat, *Encyclopedia universalis*. – J. Ghestin, *Traité de droit civil – Les obligations – Contrat: formation,* Paris, LGDJ, 2ème éd. 1988, nº 198-1 *sq* et, là-dessus, L. Cadiet, Une justice contractuelle, l'autre, *in: Mélanges offerts à Jacques Ghestin,* Paris, LGDJ, 2001, pp.177 *sq*.

80. A propos de l'exclusion d'un membre d'un groupement, association en l'occurrence, voir Cass. 1ère civ., 19 mars 2002, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation,* I, nº 95; *Revue trimestrielle de droit civil* 2002, pp. 534 *sq*, obs. Gautier, visant "*la loi du 1er juillet 1901 et le principe du respect des droits de la défense*". – Cass. 1ère civ., 14 déc. 2004, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation,* I, nº 308, évoquant "*les principes de la contradiction et d'impartialité qui s'imposent dans le droit associatif*". Pour la révocation des dirigeants de société, voir Cass. com. 26 avr. 1994, *Bulletin Joly* 1994, § 221, p. 831, obs. Le Cannu. – Cass. com. 24 janv. 1998, *Droit des sociétés* 1998, nº 9, obs. Vidal. *Adde* P. Le Cannu, Le principe de contradiction et la protection des dirigeants, *Bulletin Joly* 1996, § 2, p. 11. Voir encore Cass. 1ère civ., 16 mars 2004, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation,* I, nº 83; *Revue des contrats* 2004, pp. 1012 *sq*, obs. Lucas. Voir, en revanche, dans l'hypothèse d'une pénalité contractuelle en cas de *retrait*, avant la fin de son engagement, d'une société membre d'une société coopérative, Cass. com. 11 juill. 2006, *Semaine Juridique* (*JCP)* 2006, IV, 2804.

81. Voir Loi nº 2000-321, 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs rapports avec l'administration, art. 24; Loi nº 2004-1486, 30 déc. 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, et, pour une vue *plus générale, L. Cadiet,* V° Procédure, *in* S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Paris, PUF, 2003. – J. Normand, V° Procédure, *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice* précité

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION503 503 4/10/2007 14:40:17

"juger l'administration, c'est encore administrer". Il en toujours ainsi, en matière civile, de la *procédure gracieuse* qui doit être suivie, en matière civile, lorsque, en l'absence de litige, le juge est saisi d'une demande dont la loi exige qu'elle soit soumise à son contrôle en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant (art. 25 et 60 à 62 NCPC). Par exemple, les changements de régime matrimonial, qui relèvent de la matière gracieuse (art. 1301 NCPC), pourraient tout aussi bien être contrôlés par un notaire plutôt que d'être soumis à l'homologation du juge; ils obéiraient alors à une procédure de type contractuel alors qu'ils sont aujourd'hui de nature juridictionnelle. Avec la loi nº 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, le droit français s'est du reste orienté, partiellement, dans cette direction puisque le changement de régime matrimonial peut désormais être réalisé, à compter du 1er janvier 2007, en l'absence d'enfant mineur, par acte notarié, sans intervention judiciaire, sous réserve d'opposition de tiers qualifiés à cet effet, comme les enfants majeurs et les créanciers des époux.[82] Dans un ordre d'idée voisin, si le procès a normalement vocation à donner au litige une solution juridictionnelle, il peut arriver qu'il conduise, non pas à une décision du juge, mais à un accord des parties, que cet accord ait été obtenu à l'initiative du juge (art. 21 NCPC) ou en dehors de lui (art. 2044-2058 C. civ.). Formellement, cette solution du litige peut associer le juge, qui peut dresser procès-verbal de conciliation ou donner acte aux parties de leur accord (art. 384, al. 3 NCPC), mais, substantiellement, la solution du litige est alors de nature contractuelle. D'ailleurs, ces deux modes de solution du litige sont regardés par la loi comme étant équivalents, du moins dans leurs effets, puisqu'en vertu de l'article 2052 du Code civil, la transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort; elle peut aussi en avoir la force exécutoire (art. 1441-4 NCPC). Il arrive même que le législateur brouille carrément les cartes: ainsi, lorsque, en organisant l'homologation d'un accord des parties sur la solution de leur différend, à la suite d'une conciliation ou d'une médiation, la loi fait relever cet accord de la juridiction gracieuse.[83] Et comment qualifier la procédure arbitrale? Juridictionnelle, parce qu'elle est réglementée par le code de procédure civile et qu'elle débouche sur une sentence arbitrale qui, dotée de l'autorité de chose jugée, a la valeur d'un véritable jugement (art. 1476 NCPC)? Ou contractuelle, dès lors qu'elle trouve sa source dans la convention

82. Voir art. 1396, al. 3 et 1397 C. civ. Voir E. Jeammin-Petit, La libéralisation du changement de régime matrimonial*, Semaine Juridique (JCP)* 2007, I, 108. – J. Revel, *Le changement de régime matrimonial: quelle déjudiciarisation?* Dalloz 2006, pp. 2591 *sq*.

83. Voir par exemple art. 131-12 et 832-8 NCPC. – Rapprocher art. L. 611-8, II C. com., complété par Décret nº 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 33-35, *Journal officiel de la République française* 29 déc. 2005, p. 20324, et conf. art. 768, al. 2 NCPC (réd. Décret nº 2005-1678, 28 déc. 2005), qui a évité le piège: "*Il (le juge de la mise en état) homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent"*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION504 504 4/10/2007 14:40:18

des parties qui peuvent d'ailleurs écarter les dispositions légales pour en régler elles-mêmes le cours, sous réserve, il est vrai, de certains principes directeurs du procès, dont le contradictoire (art. 1460 NCPC)? La conciliation et la médiation relèvent de la même problématique; elles supposent une procédure qui est, par essence, de nature contractuelle,[84] quand bien même cette procédure emprunterait à la procédure juridictionnelle comme dans la procédure du *mini-trial*, sorte de procès simulé entre les parties.[85]

L'ensemble de ces procédures ne relève pas du droit processuel *stricto sensu,* à défaut de procès. Pour autant, une théorie générale des procédures, au-delà des procédures juridictionnelles, n'aurait guère de sens, ni d'utilité, bien que le projet en ait été conçu dans la doctrine italienne.[86] Ainsi qu'on l'a justement observé, "*elle dilue totalement la matière*", dès lors qu' "*une grande partie du droit pourrait y entrer"*: "*on ne pourrait plus rien tirer de la comparaison*".[87] Il n'y a pas d'inconvénient, en revanche, à en traiter au titre de la théorie générale du procès en arguant de ce que ces procédures non juridictionnelles, à défaut de relever du procès à proprement parler, sont, pour certaines d'entre elles, des procédures de règlement des litiges, d'ailleurs soumises, selon des proportions variables, à des exigences qui relèvent des principes de la légalité procédurale,[88] L'observation est particulièrement vraie pour ce qui a trait aux modes alternatifs de règlement des conflits dont on peut penser qu'ils ont la même fonction technique et éthique que le procès, à travers ce que Paul Ricœur identifie comme étant la finalité courte et la finalité longue du jugement: d'une part départager en donnant à chacun le sien (ce qui correspond à la fonction technique du ju-

84. La procédure contractuelle est une notion polysémique renvoyant, tantôt, à la procédure qui conduit à la conclusion du contrat (qui est *contrahere* avant d'être *contractus*: voir supra nº 15, note 78), tantôt, aux procédures structurant la solution conventionnelle des litiges: voir ainsi J. Thibault (*Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, thèse Paris II, 1998, nº 159 *sq*, spécialement nº 181-195), qui met bien en relief l'existence, dans les règlements amiables, de *"règles de procédure*", comme dans la procédure civile ou arbitrale, permettant de "*structurer le processus*" afin d'en garantir la prévisibilité, donc la confiance des parties. Cette dimension procédurale est naturellement plus forte dans les procédures judiciaires de règlement amiable: voir ainsi J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires,* préf. S. Guinchard, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, spécialement pp. 303 *sq*, qui traite de l' "*encadrement des pourparlers judiciaires par des principes de droit processuel"* à travers ce qu'elle nomme "*la déontologie des pourparlers judiciaires*".
85. Voir B. Oppetit, Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, *Justices,* nº 1, 1995, pp. 53-59. – M.-D. Douaoui, *Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le* mini trial, *Revue de droit des affaires internationales,* nº 5, 2000, pp. 599-637.
86. E. Fazzarali, *Istituzioni di diritto processuale,* Padova, Cedam, 2 ed., pp. 307 et *sq*, cité par G. Rouhette, L'ordre juridique processuel – Réflexions sur le droit du procès, *in: Mélanges Pierre Raynaud,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 687 *sq*, spécialement nº 3.
87. E. Jeuland, *Droit processuel* précité, nº 16.
88. Voir L Cadiet, La légalité procédurale en matière civile, *Bulletin d'information de la Cour de cassation,* 2006, nº 136, pp. 1 *sq.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION505 505 4/10/2007 14:40:18

gement, c'est la part du jugement déterminant au sens kantien du terme), d'autre part, et ce faisant, restaurer le lien social, en faisant que chaque partie en conflit ait conscience qu'il prend part à la même société que son adversaire (ce qui correspond à la fonction éthique du jugement, c'est la part du jugement réfléchissant au sens également kantien du terme).[89]

C'est en ce sens qu'il est possible d'élaborer, aujourd'hui, une théorie générale du procès.

89. Voir L. Cadiet et J. Normand, *Théorie générale du procès,* Paris, Presses Universitaires de France, nº 12, à paraître. Rappr. E. Jeuland, op. cit., nº 1, qui défend une conception de la justice "reliante", non pas dans le sens utopique d'une justice qui remettrait les personnes ensemble, mais "*dans le sens juridique du lien de droit qui est de réaliser une mise à distance adéquate entre les parties"*, grâce au procès, défini comme le lien de droit (ce qu'est le lien d'instance) qui permet d'annuler, de modifier ou de créer un ou plusieurs autres liens de droit.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION506 506 4/10/2007 14:40:18

CAPÍTULO XXI

ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO CRIMINAL

Luiz Flávio Gomes*

Sumário: 1. Do Estado de Direito (ED) ao Estado constitucional e democrático de Direito (ECDD): 1.1. Pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas: 1.1.1. Formas de incorporação do Direito humanitário internacional no Direito brasileiro; 1.1.2. Direito internacional não humanitário; 1.1.3. Prisão civil e o Direito humanitário internacional; 1.2. Positivação constitucional e/ou internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo (Ferrajoli); 1.2.1. Garantia do duplo grau de jurisdição no âmbito criminal; 1.2.2. Recurso e competência originária dos tribunais; 1.3. Subordinação da produção do Direito à Constituição Federal (Ferrajoli) e, agora, também ao Direito humanitário internacional; 1.4. Evolução da democracia formal (democracia das maiorias) para a democracia substancial (ou material); 1.4.1. Exemplo de violação dos limites formais; 1.4.2. Exemplo de violação dos limites materiais; 1.5. Distinção entre vigência e validade da lei; 1.6. Convivência com as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico; 1.7. Eficiente sistema de controle de constitucionalidade das leis: 1.7.1. Vigência, validade e eficácia; 1.8. Revisão do papel do juiz; 1.9. Revisão do papel da ciência jurídica; 1.10. Revisão e atualização normativa do princípio do devido processo: 1.10.1. Princípios da proteção jurídica e do devido processo; 1.10.2. Duplo significado do princípio do devido processo; 1.10.3. "Substantive process of law"; 1.10.4. Devido processo "procedimental"; 1.10.5. O devido processo é um direito e uma garantia; 1.10.6. Do devido processo "legal" ao princípio do devido processo "multinormativo"; 1.10.7. Devido processo criminal; 1.10.8. Do indevido processo criminal; 1.10.9. Pluralidade de garantias; 1.10.10. Garantias constitucionais, internacionais e legais – 2. Enumeração das garantias "mínimas" do devido processo criminal.

1. DO ESTADO DE DIREITO (ED) AO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO (ECDD)

As garantias mínimas do *devido processo criminal* já não podem ser estudadas somente de acordo com as regras, princípios, normas, valores e garantias do clássico Estado de Direito, cujo espaço vem sendo ocupado (há algum tempo) pelo Estado constitucional e democrático de Direito, que conta com

(*) Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina – Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais – www.lfg.com.br).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION507 507 4/10/2007 14:40:18

a pretensão de constituir a base jurídica fundamental das sociedades civilizadas hodiernas.[1]

O Estado, enquanto regido pelas regras, valores, normas, princípios e garantias do clássico Estado de Direito (ED), que é sinônimo de Estado de legalidade, talvez tenha alcançado, nas últimas décadas, sua mais aguda crise. Dentre os múltiplos aspectos dessa crise, de acordo com Ferrajoli, sobressaem três:

a) Crise de legalidade (estamos vivenciando verdadeiros Estados de sub-legalidade);

b) Crise na sua função social (os Estados modernos estão se tornando cada vez mais neoliberais, deixando de cumprir suas tarefas básicas consistentes na distribuição da justiça, saúde, educação etc.) e

1. Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantias,* Madrid: Trotta, 1999, p. 15 e ss. Sobre o devido processo legal ou *nulla poena sine judicio* cf. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, VV. AA., coordenadores Alberto Silva Franco e Rui Stoco. v. 1, São Paulo : RT, 1999. p. 4 et seq.; Ada Pellegrini Grinover. *Novas tendências do direito processual.* 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 2 et seq.; Jaques de Camargo Penteado. *A garantia do juiz natural.* São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 1-20; Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional.* São Paulo: RT, 1999. p. 31 et seq.; Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal.* 18. ed., São Paulo : Saraiva, 1997. p. 60; Rogério Lauria Tucci. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 121 et seq.; Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *O processo penal em face da Constituição.* 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 69 et seq.; Afranio Silva Jardim. *Direito processual penal.* 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 329 et seq.; Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha. *Curso de direito processual penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 19 et seq.; Fernando Capez. *Curso de processo penal.* São Paulo : Saraiva, 1997. p. 29 et seq.; Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal.* São Paulo : Saraiva, 1991. p. 50 et seq.; José Carlos G. Xavier Aquino e José Renato Nalini. *Manual de processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 8 et seq.; Paulo Fernando Silveira. *Devido processo legal.* Belo Horizonte : Del Rey, 1996; Paulo Cláudio Tovo. "Introdução à principiologia do processo penal brasileiro". *Estudos de direito processual penal.* org. Paulo Cláudio Tovo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 9 et seq.; Djanira Maria Radamés de Sá. *Duplo grau de jurisdição.* São Paulo: Saraiva, 1999. p. 67 et seq. Com relação ao devido processo legal sob o enfoque do "garantismo" cf. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón,* trad. Andrés Ibañez et alii, 2. ed., Madrid: Trota, 1997. p. 537 et seq.; Antonio Manuel Peña Freire. *La garantía en el Estado constitucional de derecho.* Madrid: Trota, 1997; Massimo Nobili. *Scenari e trasformazioni del processo penale.* Padova : Cedam, 1998. p. 114 et seq. Quanto ao devido processo legal na Convenção Americana de Direitos Humanos cf. Juan Carlos Wlasic. *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Rosario: Juris, 1998. p. 89 et seq.; J.S. Fagundes Cunha e José Jairo Baluta. *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica.* Curitiba: Juruá, 1997, passim; em São José da Costa Rica: Rubén Hernández Valle. *Derecho procesal constitucional.* San José da Costa Rica: Juricentro, 1995, passim; Luis Paulino Mora Mora. "Los principios fundamentales que informan el Código". *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.* VV. AA., San José da Costa Rica: CSJ/ACPCR, 1996. p. 32 et seq.; no Panamá: Arturo Hoyos. *El debido proceso.* Bogotá : Temis, 1996. passim e especialmente p. 51 et seq.; no México: Jesús Zamora-Pierce. *Garantías y proceso penal.* 8. ed., México : Porrúa, 1996. p. 163 et seq. Para uma análise comparada do devido processo penal na Bélgica, França, Alemanha, Inglaterra e Itália cf. *Procedure penali d´Europa.* Coord. Delmas-Marty, ed. italiana coord. por Mario Chiavario, Padova: Cedam, 1998. Em relação à Espanha: Manuel Ayo Fernández. *Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la Constitución española,* Madrid : La Ley-Actualidad, 1997; Antonio María Loca Navarrete. *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del derecho.* Madrid : Dykinson, 1998. Sobre a dimensão da garantia a um "processo com as devidas garantias" na jurisprudência espanhola cf. Francisco Javier Puyol Montero. *Diccionario de derechos y garantías procesales constitucionales.* Granada: Comares, 1996. p. 297 et seq.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION508 508 4/10/2007 14:40:19

c) Crise do tradicional conceito de soberania (os Estados decidem cada vez menos os seus destinos, que freqüentemente são ditados e guiados por órgãos internacionais).[2]

O primeiro aspecto da crise mencionada (crise de legalidade) revela, desde logo, que a subordinação dos poderes públicos exclusivamente à lei nunca foi um artifício inteiramente eficaz para a contenção das formas absolutistas ou autoritárias de exercício do poder, ou seja, no Estado de Direito puro (que é um Estado da legalidade) o poder continua sendo exercido sem os devidos limites bem como sem controles bem definidos.

O Direito, nesse contexto, embora alimentado, diariamente, com centenas e centenas de normas (em média mais de setecentas, por dia, no Brasil – cf. nosso artigo Inflação legislativa, no www.lfg.com.br), tem se apresentado como pouco eficiente para reger as "complexas sociedades pós-industriais", que estão experimentando uma terrível inflação legislativa, falta de coerência entre as normas, ausência quase absoluta do Estado no cumprimento das suas funções sociais, pluralidade de fontes normativas, imposições imperiais do poder econômico, tecnológico e político, irresponsabilidade dos poderes públicos, corrupção em todos os seus níveis etc.

A conseqüência mais natural decorrente da crise anunciada parece consistir em admitir o desaparecimento do velho Estado de Direito (ED) que, na atualidade, como afirmado, vem cedendo espaço para a construção de um novo paradigma (de Estado e de Direito) que pode (e deve) ser conhecido (e reconhecido) como Estado constitucional e democrático de Direito (ECDD), que se caracteriza pelo seguinte decálogo:

1.1. Pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas

A característica número um do ECDD reside na pluralidade das suas fontes normativas. Aliás, somente a complexa (e correta) articulação de todas essas distintas fontes normativas (normas constitucionais, internacionais e ordinárias) é que, hoje, possibilita (a) alcançar a justa solução dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário e (b) dimensionar o verdadeiro conteúdo do devido processo criminal.

2. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantias,* Madrid: Trotta, 1999, p. 15 e ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION509 509 4/10/2007 14:40:19

O juiz de direito, neste novo modelo de Estado, não pode desconhecer os três níveis normativos mencionados. Importante, de outro lado, é não perder de vista a hierarquia entre eles: no topo acha-se a Constituição, ao lado dela (CF, art. 5º, § 3º) ou abaixo dela (mas acima da lei ordinária) está o Direito humanitário internacional (cf. voto do Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006, ainda não terminado) e no patamar inferior está o direito ordinário.

Voto do Min. Gilmar Mendes **(**proferido no RE 466.343-SP):

Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006.

O Tribunal retomou julgamento de recuso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia – v. Informativo 304. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, acompanhou o voto do relator para negar provimento ao recurso, adotando os fundamentos expendidos no caso acima relatado. No mesmo sentido votaram os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Celso de Mello. RE 349703/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, 22.11.2006. (RE-349703)

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION510 510 4/10/2007 14:40:19

O voto que acaba de ser transcrito faz eco a uma tradicional e consolidada doutrina no sentido de que o Direito humanitário internacional conta com valor constitucional ou, no mínimo, supralegal (Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pelegrini Grinover, L. F. Gomes etc.).

1.1.1. Formas de incorporação do Direito humanitário internacional no Direito brasileiro

Considerando a EC 45/2004 (Reforma do Judiciário) assim como o voto do Min. Gilmar Mendes podemos afirmar que, agora, existiriam duas formas de incorporação do Direito humanitário internacional no Direito brasileiro: (a) como Emenda Constitucional ou (b) como Direito supralegal.

A primeira vem disciplinada no parágrafo 3º, do artigo 5º, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz:

> *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.*

A segunda foi sustentada no voto supracitado do Min. Gilmar Mendes (RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.06, ainda não concluído), que está em consonância com um antigo e consolidado posicionamento doutrinário.

1.1.2. Direito internacional não humanitário

O Direito internacional, como se sabe, é composto de normas humanitárias e outras que não possuem esse caráter (tratados comerciais, v.g.). No que diz respeito às normas humanitárias, como acabamos de ver, elas ingressariam no ordenamento jurídico brasileiro ou como Emenda Constitucional (EC 45/2004) ou como Direito supralegal (posição da doutrina majoritária e voto do Min. Gilmar Mendes).

Qual seria o nível normativo do Direito internacional não humanitário? Essa é uma questão aberta. A velha doutrina do STF diz que ele teria valor de lei ordinária. Mas esse é um tema sobre o qual tanto a doutrina como o próprio STF terá que refletir. Cuida-se de uma zona do Direito (ainda) indefinida.

A Corte Suprema mexicana (cf. Priscyla Costa no Consultor Jurídico, 15.02.07), a propósito, em recente decisão, proclamou o seguinte:

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION511 511 4/10/2007 14:40:20

Tratados internacionais são mais importantes no México de que as leis federais. O entendimento é da Suprema Corte de Justiça do país, que acolheu o pedido de 14 empresas que se recusavam a pagar taxas fixadas por legislações nacionais (...) As empresas alegaram que com base em algumas dessas leis federais é que se cobram os direitos alfandegários, contrários ao que determina o Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o Nafta, segundo a sigla em inglês. O entendimento da Suprema Corte, por seis votos a cinco, foi de que as normas internacionais só estão abaixo da Constituição.

O ministro Salvador Aguirre afirmou que no mundo globalizado atual há "mais proximidade" das normas e que devido a isso a colaboração e a solidariedade internacionais são cada vez mais necessárias para permitir a convivência, "em particular o tráfico mercantil.

Há ainda outros 14 pedidos de Habeas Corpus apresentados por diversas empresas, que alegam aplicação de leis contrárias ao estabelecido em tratados internacionais, especialmente no caso do Nafta.

A tese adotada pela Justiça do México é a mesma que pode valer no Brasil depois que o Supremo Tribunal Federal decidir sobre a prisão de depositário infiel. Durante a análise do tema, em novembro de 2006, o ministro Gilmar Mendes levantou a questão da hierarquia dos acordos internacionais.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. O artigo 7º desse acordo estabelece: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

O tratado conflita com a Constituição brasileira que permite a prisão civil também em uma segunda hipótese, a do depositário infiel. Há, portanto, um choque entre as duas normas. Resta ao Supremo decidir qual deve prevalecer.

Para o ministro Gilmar Mendes, a corrente majoritária considera os tratados sobre direitos humanos infraconstitucionais, mas supralegais. Em outras palavras, os acordos internacionais seriam hierarquicamente inferiores à Constituição, mas superiores à legislação infraconstitucional. Ainda faltam os votos de três ministros: Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Eros Grau.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION512 512 4/10/2007 14:40:20

Há, entretanto, uma diferença marcante a ser sublinhada: o voto do Min. Gilmar Mendes diz respeito ao Direito humanitário internacional. A decisão da Corte mexicana relaciona-se com o Direito internacional não humanitário. Vejamos como vai se comportar nosso STF diante desse último bloco.

1.1.3. Prisão civil e o Direito humanitário internacional

A Constituição brasileira prevê duas hipóteses de prisão civil: do alimentante inadimplente e do depositário infiel. A legislação ordinária brasileira regulamentou todas essas situações de prisão civil. O Min. Cezar Peluso negou validade para a prisão do depositário infiel no caso da alienação fiduciária sob o seguinte fundamento:

> *O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: "Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil."). O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que o art. 4º do DL 911/69 não pode ser aplicado em todo o seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 – que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar – nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006. (RE-466343).*

O Min. Gilmar Mendes agregou outros dois fundamentos: considerando-se que a CADH só prevê a prisão civil por alimentos (art. 7º, n. 7), é certo que nossa legislação ordinária relacionada com o depositário infiel conflita com o teor normativo desse texto humanitário internacional. O conflito de uma norma

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION513 513 4/10/2007 14:40:21

ordinária (que está em posição inferior) com a CADH resolve-se pela invalidade da primeira. É o que ficou espelhado no voto do Min. Gilmar Mendes, que ainda mencionou o princípio da proporcionalidade como ulterior fundamento para não admitir a prisão de depositário infiel.

***Conclusão*:** de tudo quanto foi exposto devemos concluir que o Direito humanitário internacional não pode receber o mesmo tratamento jurídico que é dado ao direito ordinário. Concordamos plenamente com o voto do Min. Gilmar Mendes que, com sabedoria e coragem, vem contribuindo decisivamente para a permanente atualização da jurisprudência brasileira.

A partir do supramencionado voto infere-se que todos os operadores jurídicos, na atualidade, necessariamente devem conhecer e dominar três ordenamentos jurídicos distintos: o constitucional, o internacional e o legal.

Ocorre, entretanto, que esses três ordenamentos jurídicos nem sempre são harmônicos e, de outro lado, são pouco conhecidos (mesmo porque são pouco ensinados nas nossas faculdades de Direito).

Com freqüência os vários níveis normativos apresentam antagonismos que não são de fácil solução. O Estatuto de Roma (1998), por exemplo, que criou o Tribunal Penal Internacional (e é competente para julgar crimes macro-políticos como genocídio, crimes de guerra etc.), pode ser lembrado como fonte desses antagonismos e aporias. Nem todas as garantias asseguradas nas constituições internas foram contempladas no referido Estatuto que, aliás, prevê uma série de institutos totalmente conflitantes com as Cartas Magnas dos Estados "soberanos" (prisão perpétua, entrega do nacional, relativização da coisa julgada etc.).

No ensino do Direito, de outro lado, nem sempre os três distintos ordenamentos jurídicos são abordados convenientemente. Não é incomum que o estudante de direito conclua seu curso tendo apenas noções rudimentares (quando as tem) sobre a necessária articulação entre tais níveis normativos. A prioridade, no ensino jurídico, é dada para o plano da legalidade que, de acordo com o positivismo legalista (formalista), seria o único objeto da ciência jurídica.

Esse modelo kelseniano (ou positivista legalista ou positivista clássico) de ensino do Direito, consoante Ferrajoli (Derechos y garantias, Madrid: Trotta, 1999, p. 15 e ss.), confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito (que deve se posicionar como

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION514 514 4/10/2007 14:40:21

garante dos direitos fundamentais), não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com toda profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade das leis.

O equívoco metodológico-científico decorre do pensamento do Estado Moderno, da revolução francesa, do código napoleônico, onde reside a origem da confusão entre lei e Direito; os direitos e a vida dos direitos valeriam pelo que está escrito (exclusivamente) na lei, quando o correto é reconhecer que a lei é só o ponto de partida de toda interpretação (que deve sempre ser conforme a Constituição). Deriva também da doutrina positivista legalista (Kelsen, Schmidt etc.) que entende que toda lei vigente é, automaticamente, lei válida.

A lei pode até ser, na atividade interpretativa, o ponto de chegada, mas sempre que conflita com a Carta Magna ou com o Direito humanitário internacional perde sua relevância e primazia, porque, nesse caso, devem ter incidência (prioritária) as normas e os princípios constitucionais ou internacionais.

A lei, por conseguinte, foi destronada. Mesmo porque, diferentemente do que pensava Rousseau, o legislador da lei ordinária não é infalível e nem sempre representa a vontade geral, ao contrário, com freqüência atua em favor de interesses particulares (ou até mesmo escusos).

1.2. Positivação constitucional e/ou internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo (Ferrajoli)

Esses direitos e garantias, antigamente, no tempo do ED, valiam de acordo com a medida dada pelo legislador ordinário (o direito valia pelo que estava retratado na lei); os direitos e garantias, agora, como se acham – praticamente todos – contemplados na Constituição Federal ou no Direito humanitário internacional (tratados e convenções sobre Direitos Humanos), possuem valor jurídico diferenciado, que decorre: (a) do efeito vinculante da Constituição e (b) do nível hierárquico superior desses tratados e convenções, destacando-se, dentre eles, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – Pacto de San Jose -, que contam (no mínimo) com *status* supralegal.

1.2.1. Garantia do duplo grau de jurisdição no âmbito criminal

O art. 8.2 "*h"*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, complementando a garantia constitucional do art. 5.º, LIV, assegura de modo explícito o

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION515 515 4/10/2007 14:40:21

irrestrito e efetivo duplo grau de jurisdição no âmbito criminal. Toda pessoa declarada culpada e condenada tem direito a que um outro juízo ou Tribunal reveja a decisão e/ou a pena imposta (PIDCP, art. 14.5). Confira em sentido idêntico: CADH, arts. 8.2. "h" e art. 25. No plano jurídico constitucional-internacional, como se vê, é absolutamente indiscutível a garantia do duplo grau de jurisdição na área criminal.[3]

1.2.2. Recurso e competência originária dos tribunais

A garantia do duplo grau de jurisdição, como se nota, acha-se amplamente assegurada. Considerando-se o superior nível hierárquico do Direito humanitário internacional, já não há mais nenhuma dúvida de que mesmo nos casos de competência originária dos tribunais (casos de foro especial por prerrogativa de função) necessariamente se deve admitir uma segunda jurisdição (ou seja: o reexame do mérito do que foi decidido). Todos os tribunais do país devem alterar seus regimentos internos para prever a possibilidade de recurso contra as decisões (originárias). Se proferida por uma Câmara ou Turma pode-se prever recurso para o Pleno ou para um Grupo de Câmaras ou para uma Seção (que é o conjunto de Turmas). De qualquer maneira, só não parece concebível (diante de todos os textos humanitários internacionais descritos) sustentar a inexistência de recurso contra uma decisão condenatória.

1.3. Subordinação da produção do Direito à Constituição Federal (Ferrajoli) e, agora, também ao Direito humanitário internacional

Na era do ED a produção da legislação ordinária (da lei) achava-se cercada tão-somente de limites formais (legitimidade para legislar, quorum mínimo de aprovação de uma lei etc.). De acordo com o novo paradigma do ECDD a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc.

Em síntese: tanto a lei (produto da atividade legislativa do Estado) como a própria produção do Direito (produto da atividade do legislador e dos juízes) deve ter consonância com a Constituição e o Direito humanitário internacional.

---

3. Cf. Djanira Maria Radamés de Sá. *Duplo grau de jurisdição.* São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77 et seq.; Luiz Flávio Gomes. *Direito de apelar em liberdade.* 2. ed., São Paulo : RT, 1996. p. 37 et seq. e p. 83 et seq. Sobre a dimensão jurisprudencial dessa matéria cf. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial.* VV. AA., coordenadores Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo : RT, 1999. v. 1, p. 299 et seq. e v. 2, p. 2.799 et seq. Sobre a dimensão dessa garantia na jurisprudência espanhola cf. Francisco Javier Puyol Montero. *Diccionario de derechos y garantías procesales constitucionales.* Granada : Comares, 1996. p. 107 et seq. e 331 et seq.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION516 516 4/10/2007 14:40:22

Que o direito ordinário violador da CF é inválido (já) ninguém discute. O aspecto novo dessa questão (a partir do voto do Min. Gilmar Mendes, acima citado) reside também na invalidade do direito ordinário quando conflitante com o direito humanitário internacional, que conta com amparo constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF, bem como com *status* supralegal ou mesmo de Emenda Constitucional (se observado o § 3º do art. 5º da CF).

Sobretudo quando se estudam as garantias mínimas do devido processo criminal, é fundamental atentar para a invalidade do Direito ordinário quando conflitante com normas do Direito humanitário internacional (ou com a Constituição).

1.4. Evolução da democracia formal (democracia das maiorias) para a democracia substancial (ou material).

No ED a legitimação da produção legislativa era dada pelo voto da maioria. A maioria legislativa (ou a unanimidade) aprova o texto legal, o Presidente sanciona e o juiz cumpre esse diploma legislativo. A postura do juiz legalista era conformista (seu método o meramente subsuntivo).

Nem sempre o legislador ordinário se preocupava com a harmonização da lei com a CF ou mesmo com o Direito humanitário internacional. Se a maioria dos "legítimos" representantes do povo aprovou um assunto, está aprovado. Como se vê, tratava-se de uma democracia puramente formal (importa a forma, não a substância, isto é, importa a decisão da maioria, não o conteúdo da decisão).

No ECDD nem tudo que a maioria do Parlamento aprova é válido. Há limites formais e materiais que devem ser observados (sobretudo os vinculados com os direitos humanos fundamentais) (Ferrajoli). A maioria legislativa aprova determinado texto, o Presidente sanciona e o juiz, agora, deve examinar não só os aspectos formais (quem aprovou, como aprovou etc.) senão também os materiais (compatibilidade da lei com a CF e com o Direito humanitário internacional).

1.4.1. Exemplo de violação dos limites formais

A quase unanimidade do Parlamento brasileiro, no final de 2006, aprovou, com base no Decreto Legislativo 444/2002, aumento salarial para os Deputados e Senadores. Na ADI 3833-MC-DF o STF deferiu cautelar para suspender os efeitos do referido Decreto, salientando vício de forma (o aumento salarial dos parlamentares exige decreto legislativo específico a ser aprovado por ambas as Casas do Congresso).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION517 517 4/10/2007 14:40:22

Em outras palavras: no ECDD já não basta a vontade da maioria para a construção "legítima" do Direito. Toda norma aprovada pelo Parlamento, por conseguinte, está sujeita a limites formais e materiais.

Se a legitimação democrática do Parlamentar é direta (deriva da sua eleição), a do juiz, embora indireta, porque se funda na sua aderência à Constituição e ao Direito humanitário internacional, é tão relevante quanto a primeira. No fato de o STF cancelar os efeitos de uma decisão da maioria do Parlamento (isso ocorreu, v.g., como vimos, na ADI 3833 MC-DF) não há nada de anormal (no regime democrático de Direito), visto que nem toda decisão da maioria é compatível com o Direito supralegal (que abarca, agora, tanto o constitucional como o humanitário internacional).

1.4.2. Exemplo de violação dos limites materiais

O legislador ordinário, em 1990, aprovou a Lei 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos) e proibiu a progressão de regime nesses crimes. Tendo em vista o princípio da individualização da pena prevista na CF (art. 5º, inc. XLVI), vê-se que o legislador escreveu na lei mais do que podia. O STF, no HC 82.959, julgou inconstitucional esse texto legal. Quando a lei ordinária viola a Constituição ou o Direito humanitário internacional, não vale. Continua vigente (até que se dê sua revogação formal), mas não tem validade.

1.5. Distinção entre vigência e validade da lei

O ECDD, que é muito mais complexo e garantista que o antigo ED, caracteriza-se também pela importante distinção entre vigência e validade da lei: toda lei (incluindo a penal) vigora formalmente até que seja revogada por outra ou até que alcance o fim do seu prazo de vigência, quando se trata de lei excepcional ou temporária (CP, art. 3º). Em outras palavras, a lei vigora enquanto não for revogada (formalmente).

Revogação da lei significa, portanto, cessação (finalização) da sua vigência formal. A revogação acontece (normalmente) por meio de outra lei e compreende tanto a ab-rogação (revogação total) como a derrogação (revogação parcial). O costume não revoga nem derroga a lei. O desuso tampouco.

Não se pode, entretanto, confundir a vigência (formal) de uma lei com sua validade (esta última consiste na sua compatibilidade com a Constituição assim como com o Direito humanitário internacional). Uma lei para entrar em vigor (isto é, para ter vigência) basta ser aprovada pelo Parlamento, sancionada e

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION518 518 4/10/2007 14:40:22

publicada no Diário Oficial. Uma vez publicada e passado o período de vacância, caso exista, inicia sua vigência. Não havendo nenhuma vacância (*vacatio*) a ser observada, a lei começa a ter vigência de forma imediata (assim que publicada). Se a lei nada diz sobre sua vigência, isso ocorre, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, depois do lapso de quarenta e cinco dias) (ou seja: no dia seguinte ao transcurso do prazo de quarenta e cinco dias).

Mas nem toda lei vigente é válida: o modelo do Estado constitucional e democrático de Direito, que é garantista, rompe com o velho esquema do positivismo clássico e passa a distinguir a vigência da validade. Somente pode ser válida a lei (vigente) que conta com compatibilidade vertical com a Constituição (ou seja: a lei que atende às exigências formais e materiais decorrentes da Magna Carta) bem como com o Direito humanitário internacional (que goza, no mínimo, de *status* supralegal – cf. voto do Min. Gilmar Mendes – STF, RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso).

O provecto positivismo clássico (positivismo legalista) confundia os planos da vigência e da validade. Dizia-se que lei vigente é lei válida, desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração. Não se aceitava, nesse tempo, a complexidade do sistema constitucional e democrático de direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito humanitário internacional e Direito infraconstitucional). As normas que condicionam a produção do Direito não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la etc.), senão também e sobretudo substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.).

As normas substanciais também constituem limites que não podem ser ultrapassados pelo legislador derivado. A produção do Direito está agora condicionada formalmente assim como pelos limites materiais (ou substanciais). A norma que proibia a progressão de regime em crimes hediondos, por mais que fosse inatacável do ponto de vista formal (vigência), não possuía validade (ou seja: compatibilidade vertical com o princípio da individualização da pena, contemplado na CF, art. 5º, inc. XLVI).

De acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart etc.), lei vigente é lei válida e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra.[4] O esquema positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se

4. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantias,* Madrid: Trotta, 1999, p. 21.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION519 519 4/10/2007 14:40:22

invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão do Direito, composta de normas constitucionais, humanitárias internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito.

A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da "legalidade" e da "vigência". Ou seja: acontece no plano formal e ocorre quando uma nova lei afasta a aplicação da anterior. A revogação, como se vê, exige uma sucessão de leis (sendo certo que a posterior revoga a anterior expressamente ou quanto com ela é incompatível).

A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com o plano da "constitucionalidade", ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou entre a lei e o Direito humanitário internacional e relaciona-se com o plano do conteúdo substancial desta lei.

Sintetizando: a lei deve ser declarada inválida quando se reconhece sua inconstitucionalidade (conflito com a CF) ou sua antinomia com uma norma de Direito humanitário internacional (isso ocorreu, v.g., no já mencionado caso da prisão civil do depositário infiel – RE 466.343-SP – o julgamento, entretanto, ainda não terminou).

Norma, programa da norma, invalidade da norma e sua ineficácia: toda norma, que tem como fonte um texto legal, conta com seu "programa de aplicação". Mas isso não se confunde com o seu programa concreto de incidência. Quando uma lei é julgada inconstitucional totalmente seu "programa normativo" desaparece, ou seja, passa a não contar com nenhuma incidência concreta. O § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Esse era o programa da norma. Depois de declarada pelo STF a invalidade (inconstitucionalidade) do dispositivo legal citado (HC 82.959), nenhuma incidência prática (eficácia) pode ter tal norma.

1.6. Convivência com as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico

Não existe ordenamento jurídico nem modelo de Estado que não apresente aporias ou incoerências e lacunas. O ECDD não cobre todas as situações da vida real. Nem tudo está devidamente regulamentado. Muito assunto regulamentado, de outro lado, não o foi de forma correta. Em certos momentos o legislador ordinário vai além do que podia (antinomias), em outros ele não disciplina o que

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION520 520 4/10/2007 14:40:22

lhe competia (lacuna). Incoerências e falta de plenitude são vícios absolutamente naturais em qualquer ordenamento jurídico.

Conseqüentemente, qualquer que seja o ordenamento jurídico, sua criação, articulação e desenvolvimento sempre deve atender a uma dupla expectativa: negativa no que diz respeito aos poderes do Estado (o Estado não deve invadir a liberdade individual mais do que o direito supralegal ou constitucional permite) e positiva no que se relaciona com as lacunas ("brechas") ou mesmo com os direitos sociais. Espera-se, sempre, de outro lado, que tudo que seja produzido (pelo legislador ordinário, sobretudo) não entre em conflito com os demais ordenamentos jurídicos superiores.

No âmbito criminal não são poucas as antinomias. Para citar dois exemplos:

a) A lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), no seu art. 2º, § 1º, proibia a progressão de regime nesses delitos. O STF, no HC 82.959, julgou inconstitucional essa produção legislativa, reconhecendo sua antinomia com o princípio constitucional da individualização da pena;

b) Por força da Lei 10.628/2002 pretendeu o legislador ordinário assegurar o foro por prerrogativa de função para as ex-autoridades. O STF, nas ADIs 2.792 e 2.860, julgou inconstitucional tal texto legal (que havia alterado o art. 84 do CPP), porque pretendeu o legislador ordinário dar nova interpretação a um texto constitucional que já tinha sido objeto de análise do STF (que havia cancelado a Súmula 394, que previa a manutenção do foro após a cessação do exercício da função pública).

No que concerne às lacunas no âmbito criminal impõe-se dividir o tema em três grupos:

a) Lacunas relacionadas com o Direito penal incriminador (que afeta o *ius libertatis*);

b) Lacunas vinculadas com o Direito penal não incriminador (favorável à liberdade individual) e

c) Lacunas concernentes ao Direito processual penal (interrogatório por videoconferência, por exemplo).

No primeiro grupo podemos citar:

a) Cola eletrônica (Inq. 1.145-PB, rel. Min. Gilmar Mendes – *Informativo do STF 453*);

b) Conceito de terrorismo;

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION521 521 4/10/2007 14:40:23

c) Conceito de criminalidade organizada;

d) Crimes estritamente informáticos etc.

Considerando-se que não cabe analogia *in malam partem* em Direito penal, enquanto o legislador não suprir esses lacunas, ninguém pode ser condenado pelos delitos que acabam de ser citados.

No segundo grupo cabe recordar:

a) Aborto anencefálico (na ADPF 54 o STF está analisando essa questão);

b) Eutanásia;

c) Morte assistida;

d) Ortotanásia;

e) Princípio da insignificância etc.

São temas (lacunas) que ainda não foram disciplinados pelo legislador brasileiro.

Mas nesse âmbito do Direito penal não incriminador (ou seja: *pro libertatis*) não está o juiz impedido de fazer a devida "integração" do Direito (cf., no que diz respeito à eutanásia, Gomes, L.F., www.lfg.com.br). Quanto ao princípio da insignificância, como se sabe, o STF já se encarregou de reconhecê-lo, em mais de uma oportunidade (paradigmático, a propósito, é o HC 84.412-SP, rel. Min. Celso de Mello).

Na esfera do Direito processual penal são incontáveis as lacunas do ordenamento jurídico:

a) Interrogatório por videoconferência;

b) Inexistência do duplo grau de jurisdição quando se trata de julgamento originário nos tribunais etc.

1.7. Eficiente sistema de controle de constitucionalidade das leis

Sabe-se que no Brasil vigora, hoje, o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, temos tanto o controle concentrado (feito pelo STF em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) como o difuso (qualquer juiz pode, incidentalmente, julgar a inconstitucionalidade de uma lei). Uma das

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION522 522 4/10/2007 14:40:23

marcantes diferenças entre eles reside no seguinte: a decisão do STF no sistema de controle concentrado tem eficácia *erga omnes*; a decisão do juiz (ou do próprio STF) no sistema difuso tem eficácia (apenas) *inter partes*.

1.7.1. Vigência, validade e eficácia

Quando a inconstitucionalidade ocorre de forma concentrada (numa ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo) ou se se trata de discussão de uma lei em tese, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, fala-se em eficácia *erga omnes* da decisão. Quando a invalidade é declarada (só) em relação a um caso concreto, por força do controle difuso de constitucionalidade, a sua eficácia é apenas *inter partes*. Uma vez declarada inválida uma lei pelo Pleno (em ação concentrada ou quando ela é discutida em tese, no sistema difuso), já não pode ser aplicada (perde sua eficácia prática). A lei declarada inválida, nesse caso, continua vigente (formalmente), até que o Senado a retire do ordenamento jurídico (CF, art. 52, X), mas não tem nenhuma validade (já não pode ter nenhuma aplicação concreta, ou seja, cessou sua eficácia).

No plano sociológico, uma lei vigente e válida pode não ter eficácia quando não tem incidência prática. Quando, entretanto, a lei vigente é declarada inválida pelo STF (em ação concentrada ou em decisão que discute a lei em tese, pelo Pleno – cf. abaixo o item 7) naturalmente perde sua eficácia (jurídica e prática), isto é, não pode mais ser aplicada. Sua vigência, entretanto, perdura, até que o Senado Federal elimine tal norma do ordenamento jurídico.

Nossa Constituição Federal, em seu art. 52, X, determina que o Senado Federal "suspenda a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". O "suspender a execução" significa cessar a vigência do texto legal, que já foi declarado inválido pelo Supremo. A partir dessa declaração em ação concentrada, ou quando o tema é discutido em tese pelo Pleno, de eficácia prática (da lei) já não se pode falar. Ela continua vigente no plano formal, mas substancialmente perdeu sua validade (e, na prática, cessou sua eficácia).

O efeito *erga omnes* da decisão definitiva do STF é indiscutível em relação ao controle concentrado. Continua tema aberto quando o STF discute lei em tese, dentro de uma ação difusa (tal como ocorreu no HC 82.959). Mas se isso é feito pelo Pleno, não há como discutir sua eficácia geral e vinculante.

Esta tese está sendo discutida neste momento no seio do STF, na Reclamação (Rcl) 4.335-AC. De acordo com o entendimento do Min. Gilmar Mendes a

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION523 523 4/10/2007 14:40:23

decisão de inconstitucionalidade de uma lei (exemplo: lei dos crimes hediondos, 8.072/1990, art. 2º, § 1º, que proibia a progressão de regime), quando assumida pelo Pleno, que discute uma lei em tese, deve ter eficácia vinculante e *erga omnes* (*Informativo STF 454*). Houve pedido de vista (Min. Eros Grau). O assunto ainda não está encerrado.

Para que não paire dúvida, logo após a declaração de invalidade de uma lei (pelo Pleno), deveria o STF: (a) comunicar o Senado (para o efeito do art. 52, X) e, sendo possível, (b) emitir uma súmula vinculante (recorde-se que a súmula vinculante exige quorum qualificado de 2/3 dos Ministros do STF).

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis teve, no princípio, inspiração norte-americana (mas nasceu com perfil incidental). Com a reforma de 1926 foram criados, entretanto, os chamados "princípios sensíveis" desse controle. No STF desenvolveu-se, na ocasião, a famosa "doutrina brasileira do habeas corpus" (que se transformou numa garantia da liberdade de locomoção assim como de outros direitos). Com a CF de 1934 foram criados o Mandado de Segurança (para a preservação de direito líquido e certo distinto da liberdade de locomoção) assim como a ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual. Desde esse momento o sistema de controle tornou-se misto (concentrado e difuso, ao mesmo tempo). Em 1937, com o "Estado novo" (ou seja: com o totalitarismo implantado), podia o Parlamento cessar a eficácia das decisões do STF.

A origem da ação declaratória de constitucionalidade veio com a CF de 1946, que possibilitou ação direta do Procurador Geral da República. Com a Emenda Constitucional 16, de 1964, consolida-se, no Brasil, o sistema misto (concentrado e difuso).

Com a CF de 1988 amplia-se o leque dos legitimados para o controle concentrado (art. 103). Incrementou-se, com isso, a possibilidade de controle abstrato das leis. Por conseguinte, o STF, desde então, vem sendo muito mais exigido que antes, nessa matéria. Em 1992 regulamentou-se a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com eficácia vinculante e erga omnes. Com a Lei 9.868/1992 passou o STF a ter a possibilidade de sempre definir, em cada caso, a extensão do seu julgado (eficácia ex nunc ou ex tunc).

Isso acabou singularizando o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que continha, de qualquer modo, uma falha: não se podia argüir ou discutir a constitucionalidade de leis editadas antes de 1988. Essa

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION524 524 4/10/2007 14:40:23

possibilidade só veio com a criação da ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental). De qualquer maneira, é certo que o STF tradicionalmente sempre adotou postura "defensista", não permitindo o amplo manejo de todos os instrumentos vigentes de controle de constitucionalidade das leis. Mudança houve com a ADPF 33, quando então se consolidou mais essa via jurídica para o referido controle das leis. Na atualidade o que se está pretendendo, como afirmamos, é conferir eficácia erga omnes para as decisões do Pleno quando ele discute uma lei em tese.

1.8. Revisão do papel do juiz

A evolução do ED ao ECDD implica uma outra mudança de paradigma: do juiz legalista (napoleônico) chega-se ao juiz constitucionalista; do método meramente subsuntivo (formalista) passa-se para o ponderativo (razoabilidade).

Muda, radicalmente, o método do Direito penal assim como a posição do juiz: o triunfo do método da ponderação sobre o da mera subsunção (dedutivista) conduz à proeminência do juiz, a quem cabe em cada caso concreto dizer qual dos princípios (ou valores) em conflito deve preponderar.

O Direito está em crise. A ciência transita da metodologia tradicional para o Direito novo. O método tradicional, escolástico, dogmático e formalista busca a ciência ideologicamente neutra (avalorativa). Já o Direito novo concebe o Direito como fenômeno social, vê a ciência jurídica como sociovalorativa (não-formal), ciência de problemas práticos (e não simplificações conceituais abstratas), ciência de resultados concretos (e não deduções apriorísticas), ciência, enfim, de decisões criativas (e não decisões automáticas)[5]

A visão tradicional ou clássica do Direito parte da premissa de uma sociedade harmônica, de um Estado dividido em três poderes independentes (Legislativo, Executivo e Judiciário), de uma sociedade onde reina (ou deveria reinar) a ordem, a segurança e a paz social. O juiz, nesse contexto, deve sempre julgar de acordo com a lei, viabilizar decisões iguais, para gerar certeza jurídica. O Direito se esgota na lei. O juiz não cria o Direito. Todos são iguais perante a lei. O juiz aplica a lei de maneira neutra. Mesmo que se trata de uma lei injusta, deve o juiz aplicá-la (para gerar certeza jurídica). Ao legislador compete mudar a lei e

5. Cf. PORTANOVA, Rui, *Motivações ideológicas da sentença,* 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 20.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION525 525 4/10/2007 14:40:24

adequá-la aos anseios sociais. O juiz não pode julgar a lei, não pode fazer considerações econômicas, sociais, políticas ou ideológicas. Sua atividade é fruto de um raciocínio formal: premissa maior, premissa menor e conclusão.[6]

Essa visão clássica do Direito (e do juiz) deve ser totalmente revisada. Se a legitimação democrática do juiz não é a direta (eleição pelo voto popular), é preciso sempre buscar o fundamento legitimante último das suas decisões, que reside sobretudo não na observância estrita da lei, sim, na sua aderência ao Direito constitucional e humanitário internacional. O juiz, destarte, já não pode ser concebido (somente) como a boca da lei (*la bouche de la loi*), nem tampouco (exclusivamente) a boca do Direito, sim, a boca dos direitos fundamentais do indivíduo. Isso significa que o juiz, quando vai dirimir qualquer conflito, deve desde logo e em primeiro lugar questionar a compatibilidade do texto legal com a CF e com o Direito humanitário internacional. O juiz já não deve se apegar só à vigência da lei, antes de tudo necessita verificar se ela é válida (cf. *supra* item 5). É exatamente isso que está fazendo o STF, por exemplo, no julgamento (acima referido) da prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária.

De todos os significados válidos que podem ser extraídos de um texto legal, deve o juiz eleger o que for mais compatível com os princípios, regras e valores constitucionais e humanitários internacionais (ou seja: o que retratar com maior fidelidade a sua posição de garante dos direitos fundamentais). A sujeição irrestrita do juiz a esse Direito supralegal implica a adoção de uma postura crítica diante das leis inválidas. Nisso reside sua legitimação democrática assim como a preocupação com sua independência (interna ou externa, política ou funcional). O juiz é dotado de uma série de garantias funcionais mas isso não pode ser entendido como privilégio pessoal, sim, como atributos necessários para o exercício livre e independente de sua função (destacando-se, dentre elas, a de garante dos direitos fundamentais).

O pressuposto básico do juiz independente e imparcial não conta com outro significado, portanto, senão o de que ele não está subordinado a nenhuma decisão das maiorias, não está sujeito a nenhum vínculo interno (funcional) ou externo (político): a legitimação da sua função advém da estrita observância do Direito que está na lei e, especialmente, o que está acima da lei e é isso que lhe possibilita censurá-la, julgá-la inválida, julgar inválidos todos os atos conflitantes com esse Direito supralegal. Ao juiz, em suma, cabe reparar as injustiças,

6. Cf. PORTANOVA, Rui, *Motivações ideológicas da sentença,* 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION526 526 4/10/2007 14:40:24

cortar os abusos e conter as inclinações ao autoritarismo, à discriminação etc. Nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso ou falso o que é verdadeiro (Ferrajoli).

No âmbito criminal, especialmente, durante quase todo o século XX (no nosso entorno cultural), o juiz foi exageradamente tecnicista, formalista, meramente subsuntivo, dedutivista e lógico-formal. Essas foram as características marcantes da Justiça penal, da Dogmática penal e do Direito penal durante (praticamente) todo o século XX. O fundamento da punição penal residia, em última análise, no aspecto subjetivo da "rebelião" ou "insubordinação" do sujeito diante de uma determinação normativa (adotou-se o conceito puramente imperativista de norma). O delito era visto como mera desobediência (à norma imperativa).

Esse prevencionismo exagerado não se coaduna com a construção constitucional da teoria do delito. Toda preocupação prevencionista, fundada na mera infração da norma imperativa, deve ser disciplinada em outros ramos do Direito (administrativo, civil, tributário, comercial, trabalhista etc.). O Direito penal deve sempre ser enfocado como soldado de reserva. Se os outros sistemas normativos extra-penais falharem, então entra em ação o Direito penal, como ultima ratio.

A mudança do paradigma metodológico tem por fundamento o seguinte: a Constituição delimita os fins legitimadores do Direito penal, estes condicionam as normas penais e estas condicionam a teoria do delito. Daí falar-se em teoria constitucionalista do delito. Se a norma primária possui dois aspectos fundamentais (o valorativo e o imperativo), só se pode falar em delito, desde logo, quando o fato viola o valor protegido por ela. Por conseguinte, não há delito sem ofensa ao bem jurídico.

Numa espécie de despedida definitiva do positivismo formalista de Binding, von Liszt/Beling e de Rocco (tecnicismo-jurídico) e de muitos dos pressupostos metodológicos do finalismo de Welzel, que marcaram a realização prática do Direito penal em todo o século XX, concebe-se agora a teoria do delito desde uma sólida base constitucional (Palazzo, Sax, Brícola etc.). E é com fundamento nessa premissa constitucional que novas exigências (novos filtros) foram sendo construídas dentro da teoria do delito (mais precisamente: dentro da tipicidade): nessa linha acham-se a teoria da imputação objetiva de Roxin, a exigência de resultado jurídico (ofensividade) em todo delito (Zaffaroni) etc.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION527 527 4/10/2007 14:40:24

Para o juízo (positivo) de tipicidade penal, por conseguinte, já não bastará a mera realização formal da conduta descrita na fattispecie (tipicidade legal). Tão relevante quanto a parte formal é a material da tipicidade, sendo certo que esta última permite ao juiz concretizar uma série de juízos ponderativos (desvalor da conduta, desvalor do resultado jurídico e imputação objetiva do resultado).

1.9. REVISÃO DO PAPEL DA CIÊNCIA JURÍDICA

A ciência jurídica do século XX também foi exageradamente positivista e legalista. Contava com quase nenhum senso crítico do Direito vigente. Não lhe preocupava tanto a demonstração das incoerências e lacunas do ordenamento jurídico. A mudança de paradigma (do ED ao ECDD) chama atenção para o papel crítico e/ou prospectivo da cultura jurídica. Seu papel é crítico em relação às incoerências (antinomias) e crítico e prospectivo no que concerne às lacunas (especialmente as vinculadas com os direitos sociais).

Mas para que a ciência jurídica cumpra seu papel crítico/prospectivo cabe-lhe, antes de tudo, conhecer os três níveis normativos do ECDD: constitucional, humanitário internacional e ordinário. Está sendo com base nessa premissa que o STF está solucionando (a contento) a questão da prisão civil do depositário infiel em caso de alienação fiduciária.

Um outro pressuposto lógico atrelado à posição crítica da ciência jurídica consiste no desaparecimento da presunção geral de validade da lei vigente (Ferrajoli). A lei não deve ser presumida válida, ao contrário, todas devem se submeter ao crivo do judiciário no que se relaciona com sua compatibilidade vertical com o Direito supralegal.

A ciência jurídica, dessa forma, deve saber manejar com eficiência e habilidade os vários níveis normativos do ECDD e formular suas críticas contra as leis inválidas assim como seus projetos (garantias) em relação às lacunas.

Aliás, no que concerne às lacunas, na medida do possível, deve a ciência jurídica procurar supri-las desde logo, articulando os vários instrumentos jurídicos existentes. Na ADPF 54, por exemplo, que cuida do aborto anencefálico, o que se pretende não é que o STF crie uma terceira hipótese de aborto permitido no Brasil (sabe-se que o CP já prevê duas hipóteses de aborto no art. 128; sabe-se que o STF não pode legislar). O que se objetiva é saber se a conduta consistente em concretizar tal aborto é ou não típica. Qual seria a correta interpretação (conforme à Constituição) dos artigos 124 e ss. do CP, tendo em

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION528 528 4/10/2007 14:40:25

vista os princípios, regras e valores constitucionais (da dignidade humana, da liberdade de ação etc.)?

1. 10. Revisão e atualização normativa do princípio do devido processo

A décima característica do ECDD consiste na necessária revisão (reestrutuação e atualização) do conteúdo normativo do princípio do devido processo, que ostenta (que cataliza) uma gama enorme de garantias que são nada mais que as técnicas previstas no ordenamento jurídico para reduzir a distância entre a normatividade e a efetividade (Ferrajoli).

A normatividade (previsão dos direitos) sem as respectivas garantias (ou somente com garantias puramente formais) foi uma técnica típica do ED. No ECDD, ao contrário, as garantias (sobretudo as inerentes ao princípio do devido processo) existem para cumprir o relevante papel de trasladar a normatividade ao plano da (concreta) efetividade.

Considerando-se, como vimos, que o ECDD conta com uma tríplice fonte normativa (CF, Direito humanitário internacional e legislação ordinária), já não se concebe estudar o princípio do devido processo e suas garantias mínimas sem que sejam levados em conta esses três diversos níveis normativos.

No âmbito do Direito criminal, como se sabe, essa preocupação garantista acabou sendo sintetizada numa (conhecida e reconhecida) fórmula de Ferrajoli que diz: "mínima intervenção penal com as máximas garantias".

Essa fórmula, que conjuga o minimalismo com o garantismo, tem por fundamento último o modelo de Estado atual que adotamos, que é o constitucional e democrático de Direito. Porque é dele que emana tanto o princípio da intervenção mínima (o Direito penal existe para proteger bens jurídicos relevantes de forma fragmentária e subsidiária) assim como a necessidade de articulação de uma gama enorme de garantias que objetivam traduzir a normatividade (o direito posto) em efetividade (realização prática).

O movimento político criminal minimalista se opõe ao denominado Direito penal máximo. Entra em confronto, ademais, em vários momentos, com os movimentos punitivistas. Não se confunde, de outro lado, com o garantismo. Mas não se pode negar jamais a relação de convergência e complementariedade entre eles, uma vez que se baseiam nos mesmos ideais e pressupostos. Na atualidade, portanto, são praticamente indissociáveis o minimalismo e o garantismo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION529 529 4/10/2007 14:40:25

A propósito, os dez axiomas básicos que fundamentam o garantismo de Ferrajoli são os seguintes:

a) Nulla poena sine crimine (não há pena sem crime);

b) Nullum crimen sine lege (não há crime sem lei);

c) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (não há lei penal sem necessidade);

d) Nulla necessitas sine iniuria (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico);

e) Nulla iniuria sine actione (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta);

f) Nulla actio sine culpa (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa);

g) Nulla culpa sine judicio (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo legal);

h) Nullum judicium sine accusatione (não há processo sem acusação; nemo iudex sine actori);

i) Nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas);

(j) Nulla probatio sine defensione (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa).

Se não existe outra resposta à crise do Direito que o Direito mesmo (segundo Ferrajoli),[7] conclui-se então que o Direito se apresenta como o único caminho seguro que pode nos conduzir ao pleno desenvolvimento do atual Estado constitucional e democrático de Direito, com todos os seus princípios, normas, regras, valores e garantias.

Aliás, ao decidir-se por um ECDD, "a constituição visa a conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*, compreendido tanto como *meio de ordenação racional* (indissociável da realização da *justiça* bem como de outros *valores* sociais, econômicos, culturais e políticos) como *forma* da vida coletiva (o que significa a necessidade de

7. Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantias,* Madrid: Trotta, 1999, p. 34.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION530 530 4/10/2007 14:40:25

garantias jurídico-formais de modo a evitar ações e comportamentos arbitrários e irregulares dos poderes públicos).[8]

1.10.1. Princípios da proteção jurídica e do devido processo

Esse modelo de Estado (ECDD) se realiza (e se concretiza) por meio de vários princípios, destacando-se desde logo dois dentre eles: (a) o *da proteção jurídica* (ou proteção judiciária) e o (b) do *devido processo* (que significa desde logo respeito às *garantias processuais*) que exige, para além de um procedimento justo, o adequado acesso ao direito assim como a sua realização.[9]

O primeiro merece especial referência por se tratar da "garantia das garantias"; o segundo porque constitui uma "megagarantia" (composta de uma gama quase infinita de garantias).

O princípio da proteção judiciária ou da *inafastabilidade do controle jurisdicional* constitui, com efeito, a principal garantia dos direitos subjetivos: fundamenta-se na doutrina da separação dos poderes e é "a garantia das garantias constitucionais";[10] ela ademais está estreitamente coligada com as *garantias processuais* que, em última instância, nada mais representam que legítimas expressões da (mega) garantia do *devido processo (due process),* cuja origem, como se sabe, reside na *Great Charter* de João Sem-Terra, de 15 de junho de 1215, que jurou respeitar os direitos e as liberdades das pessoas, sem cometer arbítrios.[11] Qualquer restrição aos direitos à vida, liberdade ou propriedade, desde então, só pode ser feita *by de law of the land*. [12]

---

8. J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1998. p. 237-238, que relembra a clássica descrição de Jhering: "a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade".
9. Cf. J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional.* cit., p. 265.
10. José Afonso da V. Silva. *Curso de direito constitucional positivo.* 10. ed., São Paulo : Malheiros, 1995. p. 410 et seq.
11. V. Iñaki Esparza Leibar. *El principio del proceso debido.* Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995. p. 25 passim; v. ainda: Paulo Fernando Silveira. *Devido processo legal.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 13 passim; Arturo Hoyos. *El debido proceso.* Bogotá: Temis, 1996. p. 1 passim; Rogério L Tucci. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993. p. 63 et seq.; Ada Pellegrini Grinover. *Novas tendências do direito processual.* 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 2 et seq.; Raquel Denize Stumm. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 148 et seq.
12. O art. 39 da Magna Carta, a propósito, dizia: "Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION531 531 4/10/2007 14:40:26

Inicialmente a garantia do devido processo era reservada a poucos, mas depois a própria evolução da cultura dos direitos humanos encarregou-se de estendê-la a todos. Já no Século XIV[13] *eram comuns as duas expressões hoje amplamente conhecidas: "due process of law" ou "by de law of the land", que no seu significado original, mais amplo, consistia numa clara limitação à atuação do Poder Público frente aos particulares.*

A significação primitiva do princípio do *due process of law*, em suma, seja no Direito inglês (1215), seja no Direito norte-americano (que a incorporou por meio das Emendas V, VI e XIV), nada mais revela que o modelo do Estado de Direito ("*Rechtsstaatprinzip*" ou "*Government under law*"), que hoje se converteu (ou está se convertendo) em ECDD.

Desse último modelo de Estado emana a conseqüência de que o Poder Público não pode privar a vida ou a liberdade ou os bens de ninguém sem lei ou fora da lei. Atualizando-se essa construção doutrinária hoje diríamos: nem fora da lei nem fora da Constituição nem fora do Direito humanitário internacional. Em outras palavras: o Estado só pode agir consoante o ordenamento jurídico imperante, isto é, *per legem terrae*, especialmente quando se trata de *dizer o direito* em razão do cometimento de uma infração penal.

1.10.2. Duplo significado do princípio do devido processo

Mas não basta limitar o Estado somente do ponto de vista *procedimental*, obrigando-o a respeitar o "processo justo" definido em lei.[14] Tão relevante quanto a observância das *formalidades legais devidas* é a imposição de limites à própria *criação jurídica* dessas formalidades. De nada adiante estabelecer limites formais à atuação estatal, se ela não conta com barreiras no preciso momento da *formulação* dessas mesmas regras jurídicas, primordialmente as que se destinam a restringir a liberdade das pessoas.

Justo ou devido, portanto, deve ser não só o *processo*, senão também o próprio *procedimento de elaboração da lei*, seja no aspecto formal, seja no substancial (material), porque o legislador não pode transformar em "processo devido" o que é, por natureza, arbitrário, desproporcional e indevido.

13. Por força da releitura da Carta feita por Eduardo III, em 1354.
14. Cf. Paulo Fernando Silveira. *Devido processo legal.* Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 79 et seq. Sobre o processo penal justo cf. Adauto Suannes. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* São Paulo: RT, 1999. p. 129 et seq. Com relação às bases constitucionais para um processo penal democrático v. Afranio Silva Jardim. *Direito processual penal.* 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 317 et seq.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION532 532 4/10/2007 14:40:26

Duas, por isso mesmo, são as emanações básicas da cláusula original e que chegaram até nossos dias: 1.ª) o "*substantive due process of law"* e 2.ª) o "*judicial due process of law"* (também conhecido como *"fair trial"* ou *"judicial process"*[15] ou ainda "devido processo procedimental").

Toda pessoa tem direito de reivindicar não somente que qualquer restrição a sua liberdade ou propriedade ocorra rigorosamente consoante os *ditames legais* ("*judicial process*"), senão sobretudo que o legislador observe o valor *justiça* também no momento da construção dessas normas, de tal modo a impedir-lhe que crie um arbitrário e injusto conjunto normativo ("*substantive process*"). Neste aspecto, como se vê, o devido processo identifica-se com o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade).

> *O problema nuclear do due process, em conseqüência, "não residiria tanto no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado por haver cometido uma infração penal, senão no fato de a lei poder transportar a "injustiça" privando uma pessoa de direitos fundamentais".*[16] *É imperiosa a necessidade de se impor limites ao legislador, que não pode arbitrariamente restringir ou eliminar direitos fundamentais, sem ter razões substanciais para tanto.*

Em razão da importância ímpar do princípio do *due process of law*, que em seu duplo aspecto (formal e substancial) continua mantendo o sentido de limite à atuação do Poder Público, seja nas suas funções executivas ou legislativas, seja nas funções jurisdicionais, não podia o legislador constituinte brasileiro de 1988 deixar de contemplá-lo expressamente na Magna Carta. É o que foi feito no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal, *in verbis*: *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"*. Importante é não esquecer que essa fórmula (abrangente) compreende tanto o aspecto formal como o substancial do devido processo.

1.10.3. "Substantive process of law"

O significado essencial do *substantive process of law* (aspecto material) previsto no art. 5º, LIV, da CF consiste em que todos os atos públicos devem ser regidos pela *razoabilidade* ou *proporcionalidade,*[17] incluindo-se nessa exigência

15. No direito alemão: "faires verfahren"; no espanhol: "juicio limpio"; no Brasil: "processo justo".
16. J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional.* cit., p. 450.
17. Sobre a origem e o sentido do princípio da proporcionalidade cf. Suzana de Toledo Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais,*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION533 533 4/10/2007 14:40:26

primordialmente a lei, que não pode limitar ou privar o indivíduo dos seus direitos fundamentais sem que haja motivo justo, sem que exista uma razão substancial.[18]

O princípio do devido processo, sob este prisma substancial, como se vê, constitui valioso instrumento de controle da atividade pública, principalmente da legislativa. A lei deve ser elaborada não só consoante o devido procedimento legislativo (aspecto formal), senão sobretudo conforme o valor "justiça" (aspecto substancial), que vem retratado na Constituição assim como no Direito humanitário internacional. Uma lei que não atenda para a razoabilidade (*reasonableness*) é inconstitucional, por ferir a cláusula (substantiva) do *due process*. E cabe ao Poder Judiciário, desde que foi concebido o *judicial review of legislation*, a tarefa de aferir a "justiça" (razoabilidade) da lei.

1.10.4. Devido processo "procedimental"

Em seu *aspecto processual* ou *procedimental* (*fair trial* ou *faires verfahrem*) o princípio do devido processo diz respeito especificamente às funções de *dizer o direito* (jurisdicionais). Para se privar alguém de sua liberdade ou bens impõe-se a estrita observância do ("justo") conjunto de regras que regem essa atividade, isto é, do "devido processo".

1.10.5. O devido processo é um direito e uma garantia

Do ponto de vista privado ou individual, pode-se afirmar que o princípio do devido processo, agora entendido como procedimento *dotado de regras formais* elaboradas com *razoabilidade*, representa para toda pessoa um direito (público subjetivo); já do ponto de vista público (objetivo) impõe-se sublinhar que esse mesmo "justo processo" (substancial e procedimental) constitui uma *garantia*[19] de relevância capital para a proteção dos direitos fundamentais, para a tutela das "partes" no processo, bem como para a própria legitimação do exercício da jurisdição no Estado constitucional e democrático de Direito.[20]

Impõe-se sublinhar, destarte, a natureza *instrumental* dessa **(***mega***)** *garantia* do processo devido que, como todas as garantias, "não é um fim em si mesma, mas instrumento para a tutela de um direito principal. Está a serviço dos

---

Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 33 et seq. Cf. ainda: Enrique Ruiz Vadillo. *El derecho penal sustantivo y el proceso penal:* garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia. Madrid : Colex, 1997. p. 112 et seq.

18. Cf. Paulo Fernando Silveira. *Devido processo legal.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 119 et. seq.
19. Sobre a distinção entre "direitos" (que são bens e vantagens conferidos pela norma) e "garantias" (que são os meios destinados a fazer valer esses direitos) v. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional.* cit., p. 392 et. seq.
20. Ada Pellegrini Grinover. *Novas tendências...,* cit., p. 2.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION534 534 4/10/2007 14:40:27

direitos humanos fundamentais, porque serve de meio para obtenção das vantagens e benefícios decorrentes dos direitos que visa a assegurar".[21]

1.10.6. Do devido processo "legal" ao princípio do devido processo "multinormativo"

Costuma-se adjetivar o princípio do devido processo com a expressão "legal". Hoje já não parece correto esse procedimento porque não é mais só a lei que constitui a sua fonte normativa. Do princípio do devido processo também fazem parte a Constituição assim como o Direito humanitário internacional. Parece mais adequado, portanto, doravante, falar em devido processo "multinormativo", não em devido processo "legal" (salvo se a essa última palavra vier a ser dada uma interpretação bastante ampla, para compreender a lei em sentido estrito, a Constituição assim como o Direito humanitário internacional).

O devido processo, de outro lado, pode (e deve) ser adjetivado, isso sim, conforme a natureza do conflito de interesses a ser solucionado bem como a espécie do conjunto normativo respectivo. Daí falar-se em devido processo "civil", devido processo "constitucional", "trabalhista", "tributário ou fiscal", "administrativo", "criminal" etc.

1.10.7. Devido processo criminal

No que se relaciona às *garantias (substanciais e procedimentais)* que disciplinam especificamente as relações entre o indivíduo e o Estado no estrito âmbito jurisdicional de aplicação de uma sanção estatal como resposta a uma infração penal, nada obsta, aliás, tudo aconselha, que se reconheça a existência de um *devido processo criminal* que, em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, ainda admite uma ulterior subdivisão em *devido processo penal* e *devido processo consensual*. [22]

Essa especificação do devido processo criminal no ius positum brasileiro tornou-se imperiosa desde o momento em que, pela Lei 9.099, de 26.09.1995, fundada no art. 98, I, da Constituição Federal, [23] inaugurou-se

21. José Afonso Silva. *Curso de direito constitucional.* cit., p. 186.
22. Sobre a distinção entre devido processo legal e devido processo penal cf. Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional.* São Paulo: RT, 1999. p. 43 et seq.
23. "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou 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, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau."

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION535 535 4/10/2007 14:40:27

o sub-sistema penal alternativo consensual nas denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo. [24] Aliás, também admite uma "solução" consensuada, regida por isso mesmo pelo devido processo consensual, uma boa parte das infrações penais de médio potencial ofensivo. [25] Para a outra parte das infrações médias, assim como para as infrações de natureza grave, o que existe juridicamente projetado é o conjunto normativo procedimental clássico, integralmente regulado pelo devido processo penal.[26]

1.10.8. Do indevido processo criminal

Para completar esse panorama do sistema jurídico brasileiro, urge ainda pôr em relevo que tanto o legislador como os tribunais, lamentavelmente com certa freqüência, são também protagonistas da criação de um *indevido processo ("emergencial").* Não são poucas as manifestações dessa anomalia (na lei dos crimes hediondos, lei do crime organizado, lei de lavagem de capitais etc.).

1.10.9. Pluralidade de garantias

Em várias oportunidades estamos fazendo referência ao princípio do devido processo como uma megagarantia dos direitos fundamentais. Isso significa desde logo que o "justo" processo não é constituído evidentemente de uma só, senão de muitas e incontáveis garantias. São garantias que se concretizam em princípios, regras, normas, direitos ou proibições que, como formalidades prescritas na Constituição, no Direito humanitário internacional ou na lei e que visam a disciplinar o regular desenvolvimento do processo destinado à solução de um conflito de interesses.

No âmbito do *devido processo criminal* (leia-se: devido processo "*penal*" ou devido processo *consensual*), tal como veremos mais adiante, múltiplas são as garantias que se encontram harmonicamente conjugadas sob um denominador comum. O fato de que não cuidaremos senão das *garantias mínimas* de cada um desses devidos processos bem revela, dentre outras razões, a dificuldade, senão a impossibilidade, de se catalogar e individualizar todo esse universo pratica-

24. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, "as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que preveja procedimento especial". Essa classificação legal, no entanto, não impede a efetividade do princípio da insignificância, que se traduz na inaplicabilidade do Direito Penal, tal como expõe com clareza a doutrina nacional (Carlos Vico Mañas) e internacional (v. José Luís Guzmán Dalbora. *La insignificancia en derecho penal*. *RBCCrim* n. 14, abr-jun/96, p. 41 et. seq.).
25. Nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, as infrações cuja pena mínima cominada não ultrapasse um ano admitem a chamada suspensão condicional do processo, que está fundada no consenso do acusado.
26. Rogério L Tucci. *Direitos e garantias individuais,* cit., p. 69 et seq.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION536 536 4/10/2007 14:40:27

mente infinito. De outro lado, serão tais garantias mínimas objeto de um estudo tão-somente introdutório. Neste trabalho não temos a pretensão de examinar *ex profundis* cada uma dessas garantias, senão apenas abordá-las esquematicamente. Nossa intenção é, no futuro, retornar a esse tema para enfocá-lo com mais detalhes.

1.10.10. Garantias constitucionais, internacionais e legais

Como *princípio geral de direito* que é, construído a partir de uma complexa conjugação de muitos outros princípios e normas, impende sublinhar que o *devido processo*, sob a perspectiva interna (*rectius:* intrinsecamente), conta com regras, sub-princípios e normas de *status* constitucional (*processo de constitucionalização*)[27] e internacional (*internacionalização*),[28] além evidentemente das que estão em nível infraconstitucional (*legalização*). [29] A garantia do devido processo, como se vê, é constituída de um emaranhado de normas hierarquicamente distintas (bem como de princípios, regras, determinações e proibições).

No que se relaciona com a *internacionalização* do devido processo (ou seja: tendo em vista o Direito humanitário internacional) são documentos de citação e conhecimento obrigatório no nosso entorno cultural:

a) Declaração Universal dos Direitos Universais do Homem – DUDH (Nações Unidas, aprovada na Assembléia Geral de 10.12.1948);

b) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP (ONU, 1966), ratificado pelo Brasil em 24.01.1992 [30] e

c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.[31] Particular

---

27. Sobre a constitucionalização do direito internacional cf. Gerson de Britto Mello Boson. *Constitucionalização do direito internacional.* Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
28. Sobre a internacionalização do direito processual penal cf. Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional.* São Paulo : RT, 1999. p. 25 et seq.; J. S. Fagundes Cunha e José Jairo Baluta. *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica.* Curitiba : Juruá, 1997. p. 31 et seq.
29. Sobre os princípios da legalidade no processo penal e a ressalva dos tratados e outras regras de direito internacional cf. Damásio E. de Jesus. *Código de Processo Penal anotado.* 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3; Alberto Villas Boas. *Código de Processo Penal anotado e interpretado.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 17 et seq.; Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha. *Curso de direito processual penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 11 et seq.; Júlio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal interpretado.* São Paulo : Atlas, 1994. p. 26 et seq.
30. Vigente no Brasil desde julho de 1992 (v. Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova no processo penal.* São Paulo: RT, 1997. p. 82, nota 62). Cf. também Luiz Flávio Gomes. *Direito de apelar em liberdade.* 2. ed., São Paulo: RT, 1996. p. 70 et seq.
31. A promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aconteceu pelo Dec. 678, de 06.11.1992, que foi publicado no *Diário Oficial* de 09.11.1992, p. 15.562 et seq. Desde essa data a

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION537 537 4/10/2007 14:40:27

atenção, neste estudo, será conferida a este último documento humanitário internacional. [32]

Esse conjunto de regras, normas e princípios do Direito humanitário internacional, em razão do seu *status* supralegal, passou, agora, a ter relevância ímpar no direito interno brasileiro.

Embora o devido processo, inclusive o criminal, no nosso sistema jurídico, conte com inúmeras normas constitucionais, o correto é que a Constituição, por sua própria natureza, não esgota toda a disciplina do assunto. Em seu complemento vêm as normas humanitárias internacionais assim como as infraconstitucionais.

Considerando-se a importância e a enorme quantidade dessas regras humanitárias internacionais (primordialmente as que estão contidas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos), impõe-se sublinhar seu valor jurídico no direito interno, [33] recordando desde logo o art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal, que dispõe:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Esse Direito humanitário internacional, como se sabe, incorpora-se no direito interno (a) ora como Direito supralegal (nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006, ainda não terminado), ora (b) como Emenda constitucional, na eventualidade de que venha a ser observado o § 3º do art. 5º da CF (aprovação em cada Casa Legislativa por três quintos etc.). De qualquer modo, estando acima das leis, constitui valioso instrumento para invalidar qualquer norma legal com ele conflitante.

Convenção passou a incorporar o ordenamento jurídico brasileiro (v. Luiz Flávio Gomes. *Direito de apelar em liberdade,* 2. ed., São Paulo : RT, 1996. p. 84). V. ainda: Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova.* cit., p. 82, nota 63.

32. Quanto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos cf. Juan Carlos Wlasic. *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Rosario : Juris, 1998. Sobre a obrigatoriedade dos tratados internacionais no Brasil cf. supra, Capítulo V, e Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 114 et seq.; Antônio Augusto Cançado Trindade. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.* 2. ed., San José de Costa Rica/Brasília: IIDH, 1996; Mirtô Fraga. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno.* Rio de Janeiro : Forense, 1997.

33. Sobre o assunto cf. Flávia Piovesan. Capítulo V, supra, e Luiz Flávio Gomes. *Direito de apelar em liberdade.* cit., p. 70 et seq. e especialmente p. 135, onde concluímos que algumas dessas regras possuem *status* constitucional ou, no mínimo, valem como lei ordinária.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION538 538 4/10/2007 14:40:28

2. ENUMERAÇÃO DAS GARANTIAS "MÍNIMAS" DO DEVIDO PROCESSO CRIMINAL

Estamos propositadamente nos referindo a garantias "mínimas" porque (a) nenhum estudo dedicado às garantias do devido processo pode ter a pretensão de esgotar tão ampla matéria e, ademais, (b) tão-somente os principais aspectos de cada uma delas é que podem ser analisados.

Embora o enfoque seja restrito a um ordenamento jurídico (o brasileiro), não é difícil perceber traços comuns com os sistemas estrangeiros culturalmente afins. Isso se deve, como se sabe, principalmente a dois fatores:

a) A constitucionalização dos Estados (esse movimento ganhou grande força após a Segunda Guerra Mundial) e

b) O da internacionalização do princípio do devido processo.

Com o único escopo de tornar a exposição mais didática, tais garantias devem ser enfocadas em relação:

a) À jurisdição;

b) Às partes;

c) Às provas;

d) Ao processo;

e) Às medidas cautelares e

f) À execução.[34]

Dentre outras, merecem especial referência as seguintes:

a) Garantias mínimas relacionadas com a jurisdição: a garantia do acesso à jurisdição; a garantia do juiz natural; a garantia do juiz independente e imparcial; a garantia da decisão fundamentada "secundum ius" e "secundum petitum"; a garantia do direito de recorrer em liberdade (duplo grau de jurisdição); a

34. Este é praticamente o método de que se valeu Antonio Scarance Fernandes, que estudou a matéria com base no seguinte esquema: a) garantias genéricas do devido processo penal; b) princípios e garantias relativos à jurisdição e à competência; c) princípios e garantias relativos à ação penal e à investigação criminal; d) princípios e garantias relativos ao exercício da defesa; e) princípios e garantias relativos ao processo e ao procedimento; f) princípios e garantias relativos às medidas cautelares ("Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal". *Os 10 anos da Constituição Federal.* Coord. Alexandre de Moraes, São Paulo : Atlas, 1999. p. 188).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION539 539 4/10/2007 14:40:28

garantia da proibição da "reformatio in peius"; a garantia da efetividade das decisões;

b) Garantias mínimas relacionadas com as partes: a garantia da igualdade de armas ou do tratamento paritário; a garantia da ampla defesa;

c) Garantias mínimas relacionadas com as provas: a garantia de ser tratado como inocente; a garantia da "legalidade" da comprovação da culpabilidade; a garantia da "judicialidade" da comprovação da culpabilidade;

d) Garantias mínimas relacionadas com o processo: a garantia do modelo acusatório de processo; a garantia do contraditório; a garantia do processo público; a garantia da oralidade; a garantia de ser julgado sem demora excessiva (dentro de prazo razoável ou sem dilações indevidas); a garantia do non bis in idem processual;

e) Garantias mínimas relacionadas com as medidas cautelares: Introdução; as garantias mínimas relacionadas com a prisão cautelar;

f) Garantias mínimas relacionadas com a execução: Introdução; a garantia da legalidade; a garantia da jurisdicionalidade; outras garantias;

g) Garantias mínimas do devido processo consensual: garantias constitucionais; garantias legais; juizados criminais e as garantias mínimas.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION540 540 4/10/2007 14:40:28

CAPÍTULO XXII

DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL AO PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Luiz Guilherme Marinoni*

Sumário: 1. A crise do conceito de relação jurídica processual – 2. A legitimação pela participação no procedimento – 3. A legitimidade do procedimento – 4. A universalidade do acesso à jurisdição. A importância do procedimento – 5. A participação através do procedimento – 6. O processo e a legitimidade da decisão – 7. A legitimidade da decisão a partir dos direitos fundamentais, a otimização da participação popular no procedimento e a argumentação judicial – 8. A argumentação como fator de legitimação – 9. O processo como procedimento adequado aos fins do Estado constitucional.

1. A CRISE DO CONCEITO DE RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A teoria da relação jurídica processual, construída no final do século XIX, à época em que a doutrina se empenhava em evidenciar a autonomia do direito processual, ainda é adotada pela imensa maioria dos processualistas, brasileiros e estrangeiros da família do direito continental europeu.

Não obstante, é exatamente a adoção dessa teoria, tomada como base para a construção do direito processual moderno, que hoje deve ser questionada, ao menos quando identificada nos moldes do direito liberal, o que é absolutamente comum entre os juristas do direito processual civil.

Na verdade, é preciso perceber que tal teoria não só é insuficiente como também é prejudicial à compreensão da riqueza do conteúdo do processo no Estado constitucional.

O conceito de relação jurídica, dado o seu caráter geral-abstrato, neutraliza a substância da própria relação em vida. A teoria de Bülow, ao sistematizar uma relação jurídica processual, não escapou do conceitualismo ou do cientificismo neutro próprios à pandectística.[1]

(*) Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná e Advogado em Curitiba e em Brasília.

1. Orlando de Carvalho, *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites,* Coimbra: Centelha, 1981.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION541 541 4/10/2007 14:40:28

A teoria da relação jurídica processual, se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos.

A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual certamente escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida dos homens.

Nessa altura, vale a pena reproduzir o que diz Wassermann, no direito alemão contemporâneo, a respeito da influência do conceitualismo sobre o processo civil do Estado liberal clássico:

> Característico para o enraizamento do Código de Processo Civil (ZPO) no pensamento liberal do Estado de Direito burguês foi, definitivamente, o nível de abstração, sobre o qual aquele se determinou. *O conceitualismo e o nível de abstração que foram característicos do Direito civil da época, transpassaram também ao CPC*. É naturalmente correto apontar que, no CPC, a arte da legislação altamente formal – como aquela que formou posteriormente o Código Civil (BGB) – ainda não havia sido alcançada. Mas aqui não se trata disto. Decisivo é que a lógica analítica e formal, a qual apartou o CC de suas referências sociais, cunhou também o CPC. Toda criação jurídica deve ser abstrata; a pergunta, por conseguinte, não é o "que" se deve abstrair, mas sim "de que" se deve abstrair. *Aqui se encontra a realidade, a qual se pretende manter afastada*. *As circunstâncias da vida das partes, em princípio, não interessam, bem como o rol social*, no qual o conjunto das relações sociais se forma. *Para o direito processual a parte somente é existente em seu rol processual. O postulado da justiça limita-se à igualdade de tratamento formal perante a lei. Raramente – por exemplo em matérias ligadas à assistência judiciária gratuita a indigentes – é aberta uma 'fresta' neste sistema altamente formal, a qual estabelece ao menos uma parcial ligação com a realidade social*.[2]

O esquema da relação jurídica processual – cuja figura central é a jurisdição –, ao desprezar a realidade concreta dos seus sujeitos, pode acolher qualquer forma de exercício do poder. Ou seja, a abstração e neutralidade do conceito de relação jurídica processual é suficiente para esconder qualquer vontade estatal.[3]

Acontece que nenhum Estado é neutro. Ao contrário, todo Estado tem fins e projetos, que devem ser realizados a partir dos seus valores. Porém, esta ob-

2. Rudolf Wassermann, *Der soziale Zivilprozess,* Neuwied-Darmstadt : Luchterhand 1978, p. 45.
3. Orlando de Carvalho, *A teoria geral da relação jurídica:* seu sentido e limites, cit., p. 46; Daniel Mitidiero, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 141 e ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION542 542 4/10/2007 14:40:29

viedade era desconsiderada pelo conceito pandectístico de relação jurídica processual.

Nessa época, aliás, não era possível ajustar o procedimento, isto é, as normas legais que lhe dão composição, a princípios substanciais de justiça, atualmente presentes nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais. De modo que a relação jurídica, desenvolvendo-se a partir de um módulo legal elaborado a partir da vontade suprema do parlamento ou do princípio da supremacia da lei, certamente podia escamotear a intenção do poder.

Por outro lado, a mesma neutralidade do conceito de relação jurídica processual ou o seu desligamento da vida concreta, caracterizando uma espécie de dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes, retira do legislador – na instituição das normas processuais – e do juiz – quando da sua aplicação – qualquer responsabilidade em relação à idoneidade da participação das partes perante o Estado-Juiz, obrigando-lhes, na verdade, a ignorar os obstáculos sociais e políticos que impedem que a relação jurídica processual tenha um mínimo de legitimidade.

Como a cientificidade do conceito de relação jurídica processual esconde a "cara" da parte, ignorando que o processo civil incide sobre uma realidade social, a partir dela não há como pensar em legitimidade da jurisdição com base na efetividade da participação das partes na formação da decisão. A idéia de legitimidade do exercício do poder pressupõe a de efetividade da participação e, essa última, a consideração de aspectos sociais, *que fazem parte da vida da pessoa que vai a juízo*, designados pela doutrina que se preocupou com a questão do acesso à justiça como obstáculos sociais que podem comprometer a efetividade do direito de acesso à ordem jurídica justa.[4]

Na verdade, o conceito de relação jurídica processual é avesso ao de *legitimidade*, seja de *legitimidade* pela participação no procedimento, de *legitimidade* do procedimento e de *legitimidade* da decisão. A neutralidade do esquema da relação jurídica processual imuniza o processo em relação à legitimidade do exercício do poder, à legitimidade do módulo processual em face das necessidades de tutela dos direitos e dos direitos fundamentais, assim como diante da legitimidade da decisão.

O conceito de relação jurídica processual sequer admite a pergunta a respeito da legitimidade do procedimento (do módulo legal) e da legitimidade da

4. V. Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil,* São Paulo: Ed. RT, 2000, 4. ed., p. 29 e ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION543 543 4/10/2007 14:40:29

decisão, uma vez que a idéia de legitimidade a partir dos direitos fundamentais simplesmente não existe em um sistema de conceitos que prima pela abstração e pela neutralidade.

Como é óbvio, a crítica que ora se faz à noção de relação jurídica deve ser compreendida em uma perspectiva histórica, isto é, em um perspectiva que faça ver a ligação do conceito jurídico com os valores do seu momento histórico. É evidente que se pode dizer que a relação jurídica, hoje, pode se abrir a isto ou àquilo outro, ou pode captar a realidade social. Porém, o que se deve deixar claro é a impossibilidade de se tomar a teoria da relação jurídica processual, infiltrada pelos propósitos dos seus edificadores do final do século XIX, como algo prestável a uma teoria processual compatível com o Estado constitucional.

A crítica à teoria da relação jurídica processual, portanto, volta-se à sua assimilação neutra e descompromissada com a realidade da vida do homem, isto é, da parte, e à sua transparência em relação à legitimidade do poder, do procedimento e da própria decisão.

O processo é importante não apenas por envolver, em uma relação, o juiz e as partes. Aliás, no que interessa a um processo comprometido com os valores do Estado constitucional, a simples e pura existência de uma relação jurídica quer dizer absolutamente nada.

O processo, como instrumento através do qual o Estado se desincumbe do seu dever de prestar tutela aos direitos, deve ser focalizado sob diversos ângulos, todos eles imprescindíveis à concretização do processo adequado ao Estado contemporâneo.

A legitimação pela participação decorre da *efetividade* da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as *condições necessárias* a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a idéia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da *jurisdição* e a efetividade da participação das *partes*, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os partícipes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional.

Contudo, a participação das partes no procedimento, embora importante, é insuficiente para garantir a legitimidade da jurisdição. A parte, além de ter o direito de participar do processo, possui o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material. Esse direito incide sobre o legislador, obrigando-o a instituir procedimentos idôneos, assim como sobre o juiz, especialmente em ra-

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION544 544 4/10/2007 14:40:29

zão das normas processuais abertas, que dão à parte o poder de estruturar o procedimento segundos as necessidades do direito material e do caso concreto. Ou seja, a legitimidade da jurisdição, inclusive para que lhe seja possível tutelar os direitos, exige a compreensão de que o processo deve se mostrar apto à tutela do direito material. O processo, nessa perspectiva, exige mais um *plus* em relação à fria e neutra concepção de relação jurídica processual.

Mas é necessário ainda mais. Para a legitimidade da jurisdição não basta a participação e a adequação do procedimento às necessidades do direito material, sendo a ainda necessária a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais, devendo ser dito ilegítimo, nessa linha, o procedimento que restringe as alegações do réu, no que toca ao direito material, em desatenção aos direitos fundamentais – não apenas processuais, como o direito ao contraditório –, mas sim materiais.

É que a necessidade de tutela do direito material – e assim a adequação procedimental nessa perspectiva – pode se mostrar dúbia quando não relacionada com os direitos fundamentais e com os princípios constitucionais de justiça. As necessidades do direito material, para legitimarem a restrição às alegações do réu, devem guardar consonância com a substância dos direitos fundamentais. A legitimidade material dos procedimentos diferenciados, particularmente dos procedimentos delineados pelo legislador mediante restrições às afirmações que o réu poderia fundar no direito material, é dependente dos direitos fundamentais materiais.

Porém, a legitimidade da jurisdição não advém somente do que lhe é externo, isto é, da efetiva participação daqueles que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão em suas esferas jurídicas, bem como da adequação diante do direito material e legitimidade perante os direitos fundamentais do instrumento – do procedimento – que lhe permite exercer o poder. Ou seja, a legitimidade da jurisdição não depende apenas da legitimidade da participação dos seus destinatários e da legitimidade do procedimento através do qual atua, mas também da legitimidade da sua própria decisão.

A legitimidade da decisão, para alguns, como os seguidores da teoria de Luhmann, não se apresenta como uma questão autônoma. Para esses é viável apenas discutir o problema da legitimação da jurisdição, já que não há objetividade possível em questões normativas. Nesse contexto, o problema da legitimidade da decisão é consumido pelo da legitimação através do procedimento.[5]

5. Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento* (tradução de Maria da Conceição Côrte-Real), Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION545 545 4/10/2007 14:40:29

Porém, não há como negar que uma das questões mais importantes para a teoria do direito contemporânea é a da legitimidade da decisão jurisdicional, especialmente quando o juiz confronta a lei infraconstitucional diante dos direitos fundamentais, tarefa que lhe é imprescindível no Estado constitucional. Entra aí o problema da legitimidade da afirmação jurisdicional dos direitos fundamentais para controlar as leis editadas pelo parlamento ou, em outras palavras, o problema da legitimidade da decisão do juiz em face da decisão tomada pelos representantes da maioria.[6]

Embora sobre a questão controvertam no mínimo três grandes correntes de pensamento, isto é, os textualistas[7], os procedimentalistas[8] e os substancialistas[9], cada uma dando sua solução ao problema da legitimidade da decisão, parece certo que a legitimidade da jurisdição, e assim do processo, não pode descartar a necessidade de que a decisão esteja legitimada pelos direitos fundamentais.

Seria possível dizer que essa última questão não diz respeito ao processo, mas apenas à decisão, devendo ser considerada tão somente em uma "teoria da decisão". Acontece que a decisão é o ato máximo de positivação do poder jurisdicional, isto é, a razão do seu acontecimento e desenvolvimento. O processo, ao culminar em decisão que coloca o direito fundamental em confronto com a lei infraconstitucional –, requer abertura à participação e observância de desenvolvimento argumentativo peculiares, inclusive do próprio juiz. Um processo que termine em decisão ilegítima, ou que não se estruture de modo a propiciar uma decisão legitima, não constitui instrumento idôneo ao Estado constitucional.

O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, ser em si legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais –, e ainda produzir uma decisão legítima.

---

6. V. Roberto Gargarella, *La Justicia frente ao Gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*, Barcelona: Ariel, 1996.
7. Akhil Reed Amar, Intratextualism, *Harvard Law Review,* vol. 112, 1999, p. 747-827; Antonin Scalia, *A matter of interpretation,* New Jersey: Princeton University Press, 1997.
8. Jürgen Habermas, *Between facts and norms.* Cambridge: MIT, 1998; John Hart Ely, *Democracy and distrust,* Cambridge: Harvard University Press, 1980.
9. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously,* London: Duckworth, 1977, p. 147; Ronald Dworkin, Integrity in Law*, in: Law´s Empire,* Cambridge: Harvard University Press, 1986; Ronald Dworkin, *Freedom's law,* Oxford: Oxford University Press, 1996; Laurence Tribe, *Constitutional choices,* Cambridge: Harvard University Press, 1985; Laurence Tribe e Michael Dorf, **On reading the constitution,** Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION546 546 4/10/2007 14:40:29

2. A LEGITIMAÇÃO PELA PARTICIPAÇÃO NO PROCEDIMENTO

No procedimento participam o juiz e as partes. O juiz exerce o poder jurisdicional, enquanto que as partes são atingidas pelos seus efeitos, particularmente pelos efeitos da decisão final, que constitui a expressão mais importante do exercício do poder pelo juiz.

É evidente que esse poder deve ser legítimo. Porém, a questão da legitimidade da decisão não é algo pacífico. Se a decisão deve estar de acordo com os direitos fundamentais e o juiz tem o dever de negar aplicação à lei que com eles se choca, o problema está em como delinear o conteúdo substancial desses direitos – cujas normas têm textura aberta e indeterminada – ou os valores que não estão presentes nas leis infraconstitucionais.

Há quem entenda que não há como pensar em legitimidade da decisão, uma vez que não existe objetividade possível em questões normativas, e há quem – embora admitindo o problema da legitimidade da decisão – suponha que a decisão só pode ser racionalmente avaliada a partir de critérios procedimentais. Para os primeiros é possível falar apenas em legitimação pelo procedimento, e não em legitimidade da decisão. Para os últimos, embora seja viável aludir a legitimidade da decisão, essa legitimidade dependeria da observância de um procedimento em que fossem observadas as condições asseguradoras da correção do seu resultado. De qualquer forma, enquanto os primeiros falam somente em legitimação, os últimos admitem que a legitimidade decorre da observância do procedimento, isto é, que a decisão é legitima quando são observadas as premissas e as características do procedimento, especialmente a participação.

Quando a legitimidade da decisão não importa, há apenas legitimação do exercício do poder pelo procedimento. Mas, no caso em que se entende que a decisão deve ser legítima, a observância das regras do procedimento é imprescindível para se ter uma decisão legítima. Apenas nesse último caso, e não no primeiro, é que importará saber se a observância do procedimento é capaz de assegurar uma decisão justa ou conforme o conteúdo material dos direitos fundamentais.

A ênfase à participação no procedimento tem o objetivo de legitimar a decisão[10]. A participação deve dar às partes plena oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e considerar sobre os seus resultados. Numa

10. O conceito de legitimidade pela participação não se resume à simples influência das partes na formação da decisão; os autores que defendem esse enfoque procedimental geralmente destacam o aspecto dialógico (Fiss) ou discursivo (Alexy) da participação das partes no processo judicial. Isso significa que o processo

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION547 547 4/10/2007 14:40:30

palavra: a parte deve ter a oportunidade de demonstrar as suas razões e de se contrapor às razões da parte contrária.

Além disto, a parte tem o direito de assistir às audiências e aos julgamentos, além de exigir a adequada fundamentação das decisões. É nesse sentido que se diz que a participação, além do direito de influir sobre o convencimento do juiz e de se opor ao adversário, requer a publicidade dos atos processuais e a fundamentação das decisões.

A participação através do contraditório e da publicidade dos atos processuais confere à parte a oportunidade de interferir sobre a formação da decisão, garantindo a sua justiça.

Por outro lado, a fundamentação ou a motivação é imprescindível para garantir a adequada consideração das alegações e das provas produzidas. O juiz deve demonstrar, na fundamentação, a origem e as razões da sua convicção quanto aos fatos, bem como evidenciar os seus raciocínios em relação às provas e aos fundamentos jurídicos, assim como esses raciocínios se interpenetraram quando do raciocínio "decisório".[11] A fundamentação ou a motivação, portanto, igualmente garante a justiça da decisão.

Perceba-se, porém, que o contraditório, a publicidade e a motivação são, antes de tudo, garantias de um processo justo, e apenas nessa dimensão garantem a justiça da decisão. Tais garantias processuais de justiça, ao lado da garantia de

não é visto como um cenário onde as partes deduzem suas preferências, tentando obter o máximo de benefício para os seus interesses particulares. O que as partes e o juiz perseguem é o entendimento orientado por "boas razões", a busca de uma perspectiva imparcial, capaz de considerar respeitosamente os pontos de vista de todos os participantes. Nesse sentido é que a justificação de uma decisão jurisdicional deve ser dotada de ao menos duas características acentuadas por Owen Fiss (The forms of justice, *Harvard Law Review*, v. 93, 1979, p. 13): "A primeira é que uma razão não pode consistir numa preferência, seja uma preferência dos litigantes, do corpo político, ou do juiz. O enunciado 'eu prefiro' ou 'nós preferimos' no contexto de uma decisão judicial, distintamente do de uma decisão legislativa, constitui meramente uma explicação, não uma justificação. Segundo, a razão deve de algum modo transcender as crenças pessoais, transitórias, do juiz ou do corpo político em direção àquilo que é correto ou justo".

11. "É importante distinguir o raciocínio que se faz sobre a prova (probatório), o raciocínio para decidir (decisório) e o raciocínio para justificar a decisão (justificatório). É certo que os dois primeiros têm pontos de contato, pois o juiz raciocina a respeito da prova para decidir. Porém, muitas vezes o juiz faz um raciocínio a respeito dos fatos e das provas sem que, com ele, possa imediatamente decidir. Por isso, não há como deixar de ver distinção entre raciocinar sobre a prova para, posteriormente, decidir, e raciocinar, ainda que sobre a prova, decidindo. A análise da credibilidade da prova, da relação entre as provas e os fatos e das presunções constitui um *raciocínio que antecede a decisão*, enquanto que, através do raciocínio decisório, o juiz analisa o conjunto probatório ou outros critérios que lhe permitam decidir. Embora os raciocínios probatório e decisório pareçam se identificar, é bem mais fácil separá-los do raciocínio justificativo, uma vez que, após o juiz ter raciocinado sobre as provas e proferido a sua decisão, resta-lhe *apenas justificar* (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do processo de conhecimento,* São Paulo, Ed. RT, 1996, 5 ed., p. 474 e ss).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION548 548 4/10/2007 14:40:30

imparcialidade do juiz, são imprescindíveis ao "devido processo legal" ou a um "procedimento legal". É apenas como conformadoras do devido processo legal que garantem a justiça da decisão.

3. A LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO

De lado a importância da participação, não há como ignorar a necessidade de adequação do procedimento às situações de direito substancial carentes de tutela e aos direitos fundamentais materiais.

Agora não mais se fala da importância da participação, mas sim da legitimidade do próprio procedimento, independentemente da participação e da decisão a ser tomada.

Não há dúvida que a jurisdição, para poder se desincumbir do seu dever de prestar tutela aos direitos, deve dar ao titular de uma posição jurídica carente de tutela jurisdicional o procedimento que seja idôneo à sua obtenção.[12] É a partir daí que se pensa nos procedimentos diferenciados, aptos a permitir a efetiva tutela jurisdicional dos direitos. Os procedimentos se diferenciam na exata medida das situações substanciais carentes de tutela, motivo óbvio pelo qual o processo civil deve estruturar procedimentos diferenciados.

A impossibilidade da definição de tantos procedimentos quantos sejam as situações substanciais carentes de tutela levou o legislador a editar normas que abrem oportunidade para a construção do procedimento adequado ao caso concreto. O direito à construção do procedimento adequado ao caso concreto, derivado do direito de ação – já que igualmente se pode falar em direito à construção da ação adequada ao caso concreto –, relaciona-se com o dever da jurisdição prestar efetiva tutela jurisdicional aos direitos.

De outra parte, a legitimidade do procedimento tem relação com a sua estruturação em consonância com os direitos fundamentais materiais[13], especialmente com o direito a igualdade.[14] Não é legítimo o procedimento que nega ao réu o

12. A ênfase aqui é na dimensão prestacional do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que impõe deveres de ação positiva ao legislador e ao juiz.
13. Diversamente do imperativo de adequação do procedimento às necessidades do direito material, decorrente da dimensão prestacional do direito à tutela jurisdicional efetiva, destaca-se agora a vinculação do procedimento aos demais direitos fundamentais, especialmente (mas não só) aos direitos de defesa – tendo-se em conta a oposição direito de defesa/direito de prestação –, que proíbem determinadas ações do Estado.
14. V., sobre o exercício da tutela jurisdicional e o direito a igualdade, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV, p. 271 e ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION549 549 4/10/2007 14:40:30

direito de alegar fundamentos ancorados no direito material sem que isto tenha por objetivo viabilizar a proteção de determinada situação de direito substancial, logicamente digna de tutela diante das normas constitucionais. Isto é, se o procedimento da desapropriação, que só permite ao réu discutir o preço do imóvel desapropriando, encontra legitimidade perante a Constituição, o mesmo não ocorre com os procedimentos que eliminam a possibilidade do devedor discutir certas questões para dar maior tempestividade às tutelas que servem às instituições financeiras.

Aqui, ao contrário do que ocorre quando se pensa na legitimidade da decisão, a preocupação circunscreve-se à legitimidade do procedimento. Perceba-se que quando se pensa na legitimação pela participação, embora a legitimidade da decisão decorra do procedimento, toda a preocupação gira em torno da legitimidade da decisão.

Ao se aludir à adequação do procedimento às situações substanciais carentes de tutela e aos direitos fundamentais materiais, certamente também se sabe que não haverá uma decisão legítima fora dessas condições. A diferença é que a atenção não se volta para a legitimidade da decisão, mas sim para a legitimidade do procedimento que resulta na decisão, com o que a doutrina processual clássica jamais se preocupou. Como adverte Nicolò Trocker, a pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do sistema processual às características dos direitos substanciais e às posições sociais dos litigantes, é um defeito que sempre marcou as codificações processuais do direito continental europeu, preocupadas em desenhar um sistema linear e puro.[15]

4. A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À JURISDIÇÃO. A IMPORTÂNCIA DO PROCEDIMENTO

O direito de acesso à justiça é um direito básico, certamente um dos mais relevantes direitos fundamentais, na medida da sua importância para a tutela de todos os demais direitos.[16]

15. Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione,* Milano: Giuffrè, 1974, p. 699.
16. Além desse fundamento, que se poderia chamar instrumental ou funcional, para o direito de acesso à justiça, há ainda um fundamento moral para esse direito. Como expõe Horacio Spector ("Judicial Review, Rights, and Democracy", *Law and Philosophy,* v. 22, 2003, p. 298): "os portadores de direitos morais possuem poderes morais para questionar transgressões a esses direitos com sua própria voz, e obter em resposta um julgamento arrazoado e moralmente justificado". V, ainda, sobre a imanência da capacidade de reivindicação à idéia de direito subjetivo, o texto seminal do jusfilósofo Joel Feinberg (The Nature and Value of Rights. *Journal of Value Inquiry,* v. 4, 1970, p. 19-34).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION550 550 4/10/2007 14:40:30

Esse direito nada mais é do que manifestação do direito à tutela jurisdicional efetiva, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, além de dar ao cidadão o direito à técnica processual (procedimento etc.) adequada à tutela do direito material, igualmente confere a todos o direito de pedir ao Poder Judiciário a tutela dos seus direitos.

É fácil perceber que o direito à técnica processual adequada constitui uma preocupação mais avançada em relação ao direito de pedir a tutela jurisdicional, até porque só pode se preocupar com técnica processual idônea quem pode pedir a tutela jurisdicional.

O direito de pedir a tutela jurisdicional, quando qualificado como direito de acesso à justiça, assume uma outra dimensão, em que importa a efetiva possibilidade do cidadão bater nas portas do Poder Judiciário e realmente poder participar do processo, exercendo o seu direito à tutela jurisdicional.

Deixe-se claro, porém, que o direito de acesso à justiça não depende somente da eliminação dos óbices econômicos e sociais que impedem ou dificultam o acesso. Ele salienta a sua existência, visando a sua superação, mas constitui *apenas uma faceta* do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Esse último tem várias faces, garantindo, entre outros, o direito de pedir a tutela jurisdicional (o clássico direito de ação), o direito de acesso à justiça e o direito à técnica processual adequada. De modo que o direito de acesso à justiça, além de garantir o acesso ao Poder Judiciário a todos, independentemente de suas condições econômicas, igualmente garante a técnica processual idônea à tutela do direito material.

O direito de acesso à justiça não é apenas necessário para viabilizar a tutela dos demais direitos, como imprescindível para uma organização justa e democrática. Não há democracia em um Estado incapaz de garantir o acesso à justiça. Sem a observância desse direito um Estado não tem a mínima possibilidade de assegurar a democracia.

É por isto que o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) incide sobre o legislador – que resta obrigado a traçar "formas de justiça" (órgãos jurisdicionais diferenciados) e procedimentos diferenciados para permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário das camadas da população economicamente menos favorecidas – e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender as regras processuais à luz do direito de acesso à justiça.

As Leis que tratam dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Estaduais e Lei 10.259/01 – Juizados Especiais Federais) devem ser vistas

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION551 551 4/10/2007 14:40:30

como respostas do legislador ao seu dever de instituir órgãos judiciários e procedimentos capazes de permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário.

O procedimento dos Juizados Especiais, segundo o próprio art. 2º da Lei 9.099/95, é caracterizado pela "oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade". O objetivo é garantir o acesso com o mínimo de custo econômico possível, assim como propiciar, na medida do possível, celeridade, uma vez que o pobre tem uma menor resistência do que o rico para esperar pela justiça. Além disto, busca-se simplificar e tornar menos formal o procedimento, obviamente que sem prejuízo das garantias processuais, pretendendo-se, com isto, facilitar a participação no processo.

Por outro lado, é claro que o juiz deve compreender as regras processuais pertinentes a tais procedimentos, assim com o ambiente da justiça e a sua própria função diante das causas relativas aos Juizados, de acordo com o valor ínsito no direito de acesso à justiça, que inspirou as Leis 9.099/95 e 10.259/01.

5. A PARTICIPAÇÃO ATRAVÉS DO PROCEDIMENTO

É certo que o procedimento deve viabilizar o acesso dos menos favorecidos economicamente ao Poder Judiciário. Esse é um dever do Estado, que deve ser observado pelo legislador e pela jurisdição.

Porém, o Estado ainda tem o dever de permitir a participação através do procedimento. Não se trata de permitir a simples participação em busca da tutela dos próprios direitos, mas sim de conferir oportunidade de participação no poder estatal e na vida social.

A participação através do procedimento está intimamente ligada à idéia de democracia participativa. A insuficiência da técnica representativa, ou da participação nas eleições para os cargos de representação popular, fez com que se percebesse a necessidade de incentivar e viabilizar formas de participação direta da população nos processos de decisão estatal.

A Constituição Federal adotou várias formas de democracia participativa, como as que asseguram:

a) "a *participação dos trabalhadores e empregadores* nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação" (art. 10);

b) Que "as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, *à disposição de qualquer contribuinte*, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei" (art. 31, §3º);

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION552 552 4/10/2007 14:40:31

c) Que "a lei disciplinará as formas de *participação do usuário* na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: ..." (art. 37, §3º);

d) Que "*qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato* é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União" (art. 74, §2º);

e) Que "compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social", com base no "caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, *com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados*" (art. 194, parágrafo único, VII);

f) A "*gestão democrática do ensino público*, na forma da lei" (art. 206, VI);

g) Que "o poder público, *com a colaboração da comunidade*, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação" (art. 216, §1º).

No que diz respeito à participação através do processo jurisdicional, a Constituição Federal reafirmou a ação popular – existente no constitucionalismo brasileiro desde a época do Império e regulada pela Lei 4.717/65 –, dizendo que "*qualquer cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise *a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e dos ônus da sucumbência" (art. 5º, LXXIII).

Demais disto, não se pode esquecer que uma das principais classificações dos direitos fundamentais identifica os direitos fundamentais de participação. O homem tem o direito de participar no poder e na vida social e, sobretudo, o direito de participar reivindicando a concretização e a proteção dos seus direitos fundamentais, exigindo prestações fáticas de natureza social e prestações fáticas de proteção aos direitos fundamentais.

Ou seja, a proclamação dos direitos fundamentais reclama, ao seu lado, a possibilidade de participar no poder e na sociedade de modo a exigir a sua implementação e proteção.[17] Para tanto é imprescindível a via jurisdicional, e assim

17. Daí a tendência da doutrina constitucional contemporânea em falar de uma dimensão procedimental dos direitos fundamentais, do *status activus processualis* (Peter Häberle), querendo com isso significar a necessidade de compreender os direitos fundamentais "não só estaticamente, ou da perspectiva de seu

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION553 553 4/10/2007 14:40:31

o procedimento ou o processo jurisdicional como conduto capaz de permitir a participação. Consciente do dever de viabilizar a participar popular em busca da efetivação e da proteção dos direitos fundamentais, o legislador construiu o procedimento da ação coletiva, inicialmente através da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e, posteriormente, mediante o Código de Defesa do Consumidor (Livro III da Lei 8.078/90).

O sistema de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, integrado substancialmente por essas duas leis, confere legitimidade ativa a determinados entes para representar a vontade da coletividade e de determinadas esferas da população, tornando os efeitos benéficos da sentença extensíveis à coletividade ou ao grupo.

6. O PROCESSO E A LEGITIMIDADE DA DECISÃO

O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar.[18] Isto porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para o ingresso na magistratura de 1º grau de jurisdição – de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal.

---

conteúdo, mas também dinamicamente, através das formas da sua efetivação, através do procedimento" (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* tomo IV, cit., p. 93). Dessa perspectiva, contudo, podem-se extrair dois aspectos distintos e correlatos do direito ao procedimento. O primeiro vê a participação no procedimento como sendo, ela mesma, um direito fundamental. Nos termos de José Joaquim Gomes Canotilho (Constituição e déficit procedimental, *In: Estudos sobre direitos fundamentais,* Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 73): "o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade". O segundo enxerga o acesso ao procedimento como mecanismo de tutela de outros direitos por meio de regras procedimentais. No primeiro caso, o procedimento é proclamado como um local de exercício do direito a tomar parte nas decisões do poder público e, por isso, fala-se em *direitos procedimentais substanciais*. No segundo caso, o procedimento aparece como um instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais, falando-se em *direitos procedimentais adjetivos*. (V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* Tomo IV, cit., p. 94). *O processo judicial, como demonstrado no texto, envolve ambos os aspectos dos direitos procedimentais*.

18. V. Roberto Gargarella, *La Justicia frente ao Gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial),* Barcelona: Ariel, 1996. Para uma abordagem da relação entre a jurisdição constitucional e a democracia, desde o paradigma liberal-positivista até a teoria habermasiana, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática,* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION554 554 4/10/2007 14:40:31

Diante disto, considerando que o juiz possui uma deficiência de legitimidade de origem, parte da doutrina contemporânea – obviamente que muito além das fronteiras da dogmática processual civil – afirma que a legitimidade do juiz para controlar a decisão do parlamento advém do procedimento. Nessa linha, desloca-se o referencial de legitimidade do sujeito para o procedimento. A legitimação através do procedimento supõe que a observância dos parâmetros fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento que leva à edição da decisão é a melhor maneira para se dar legitimidade ao exercício do poder.[19]

Paralelamente à distinção entre legitimação e legitimidade, pode-se demarcar duas formas de procedimentalismo. Uma delas, baseada numa postura de ceticismo moral, afirma que a legitimidade não se coloca como questão autônoma, pois só se pode discutir racionalmente o problema da legitimação. Como não há objetividade possível em questões normativas, o problema da legitimidade é consumido pelo da legitimação. Exemplo dessa posição encontra-se em Luhmann. Admitindo-se a legitimação pelo procedimento, imuniza-se o conteúdo da decisão, que deixa de importar para a aferição da legitimidade, já que a "aceitação" não decorre do conteúdo da decisão, mas da estrita observância do procedimento.

Porém, a outra perspectiva procedimental não nega que o problema da legitimidade possa ser racionalmente enfrentado.[20] Contudo, acredita que decisões normativas só podem ser racionalmente avaliadas segundo critérios procedimentais. Nessa perspectiva, uma decisão é legítima quando advinda de um procedimento em que foram observadas determinadas condições que asseguram a correção de seu resultado. Essa modalidade de procedimentalismo, além

19. O uso dos termos legitimação e legitimidade, presentes nessa passagem, demonstra que eles não devem ser confundidos. A legitimação está relacionada ao fato de uma decisão ser tomada por seus destinatários como dotada de autoridade. A legitimidade, diversamente, exige que uma determinada decisão apresente-se em conformidade com algum padrão de justiça ou correção. Num caso, está em jogo um juízo fático; noutro, um juízo normativo.

20. É preciso notar que nem toda a concepção que põe a ênfase da legitimidade no procedimento nega-se a colocar a jurisdição e o processo a serviço dos valores constitucionais. Owen Fiss, por exemplo, defende que "o direito do juiz de falar, e a obrigação dos outros de ouvir, não depende dos atributos pessoais do juiz, nem mesmo do conteúdo da sua mensagem, mas da qualidade do seu processo – da sua habilidade de estar distante e destacado dos litigantes imediatos e do corpo político, embora plenamente atento às queixas, e receptivo em termos que transcendem preferências e que são suficientes para sustentar um julgamento considerado 'constitucional'" (The forms of justice, *Harvard Law Review,* v. 93, 1979, p. 16). Sem por isso abrir mão da idéia – ou melhor, por isso mesmo defendendo a idéia – de que o processo judicial "*tem uma conexão conceitual próxima – não apenas contingente ou instrumental – com o próprio ato de dar sentido a um valor constitucional.* Nós imputamos uma função largamente com base em um processo e ao mesmo tempo a função molda o processo. Outros podem procurar pelo verdadeiro significado dos nossos valores constitucionais, mas quando eles o fizerem, terão que imitar – se puderem – o processo do juiz" (The forms of justice, *Harvard Law Review,* v. 93, 1979, p. 16).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION555 555 4/10/2007 14:40:31

de distinguir-se da anterior, opõe-se a teorias substanciais da legitimidade, que avaliam a correção das decisões comparando-as com algum resultado ideal tido como justo ou correto.[21] Entende-se que ao juiz é impossível decidir de forma racional sobre as ações do legislador apenas a partir dos conteúdos dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça. A indeterminabilidade das normas constitucionais sempre daria ao juiz a possibilidade de se postar de forma imprevisível diante da lei. Apenas o procedimento poderia assegurar previsibilidade na afirmação do poder.

Importa advertir que a doutrina processual, mesmo a mais moderna, não mostra qualquer preocupação em relação à legitimidade da relação juiz *versus* legislador. Quando Elio Fazzalari afirma o seu conceito de legitimidade pelo procedimento, o seu interesse deita-se sobre o contraditório, ou melhor, sobre a efetividade da participação em contraditório na formação da decisão judicial[22]. Como o poder é exercido através do procedimento, a participação efetiva e igual das partes no procedimento judicial seria suficiente para legitimar ou democratizar o exercício da jurisdição. Isto revela uma idéia de processo com conotação política, pois voltada a assegurar a participação igualitária das partes – deixando ao longe a concepção de relação jurídica processual -[23], mas sem qualquer preocupação em sustentar a legitimidade da afirmação dos direitos fundamentais sobre a lei.

Fazzalari não está preocupado com o controle da lei a partir dos direitos fundamentais, até porque o controle da constitucionalidade, na Itália, é reservado à Corte Constitucional, tendo a jurisdição italiana uma feição bem distinta da brasileira.[24] Fazzalari, não atento à legitimidade da decisão que afirma os direitos

21. Remete-se, nesse ponto, à célebre discussão de John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça,* acerca dos conceitos de justiça procedimental pura, justiça procedimental perfeita e justiça procedimental imperfeita (John Rawls, *A Theory of Justice.* Cambridge : Harvard University Press, 1971).
22. V. Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale,* 3 ed., Padova, Cedam, 1983.
23. Segundo Elio Fazzalari, os estudiosos dos processos jurisdicionais (os "processualistas"), talvez pela própria imponência do fenômeno objeto das suas meditações, e porque demasiadamente imersos, por assim dizer, dentro do curso do "processo", não conseguiram, por um longo período de tempo, colher a imagem da "seqüência de atos", isto é, do perfil que mais recentemente outros juspublicistas e cultores do direito administrativo, especialmente, souberam discernir em seus respectivos campos. Daí a noção de "procedimento". Sucessivamente os "processualistas" constataram a utilidade do procedimento para a sistematização das atividades jurisdicionais, e puderam assim abandonar o desgastado e inadaptado clichê da "relação jurídica processual" (Elio Fazzalari, Procedimento, *Enciclopedia del diritto,* XXXV, 1986, p. 820-821).
24. Na Itália, só quem tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei por violação a um direito fundamental é o Tribunal Constitucional; o juiz ordinário tem competência apenas para provocar a manifestação do Tribunal Constitucional quando, numa causa civil, penal ou administrativa, surge, geralmente como prejudicial, a questão da constitucionalidade da lei a aplicar. A análise efetuada pelo juiz ordinário restringe-se apenas a considerar se a questão da constitucionalidade da lei é "determinante"

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION556 556 4/10/2007 14:40:31

fundamentais e os princípios constitucionais de justiça diante da ação legislativa, objetiva legitimar o exercício da jurisdição a partir da necessidade de participação em contraditório dos sujeitos que podem sofrer, em suas esferas jurídicas, os efeitos da decisão. De modo que a doutrina de Fazzalari, muito distante das teorias que buscam conferir legitimidade ao juiz na aplicação das normas constitucionais, procura dar legitimidade apenas à atuação da lei e não legitimidade ao controle da constitucionalidade – e, especialmente, à supressão da omissão inconstitucional e à concretização dos direitos fundamentais que exigem prestações fáticas.

Frise-se, aliás, que a doutrina de Fazzalari não renega a substância das decisões por pressupor a indeterminabilidade dos direitos fundamentais – nos moldes das teorias procedimentalistas que estão no âmbito da teoria do direito. A teoria de Fazzalari está em um estágio mais primitivo ou em outro patamar, pois não se mostra preocupada com a legitimidade da decisão, mas apenas em legitimar a jurisdição pela participação em contraditório. Segundo Fazzalari, há processo quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não apenas – e obviamente – do seu autor (do juiz), mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que ambos possam desenvolver atividades que o juiz deva ter em conta ou que, embora possa não atender, não tenha como ignorar.[25]

A teoria de Fazzalari tem dois problemas. Em primeiro lugar não se preocupa com o direito ao procedimento adequado à tutela do direito ou com a necessidade de o procedimento estar atento às necessidades do direito material, o que é obviamente imprescindível para a legitimidade do processo. Ademais, sequer passa perto do problema da legitimidade da atuação jurisdicional que assevera os direitos fundamentais diante da decisão da maioria parlamentar, circunstância que também reflete sobre o direito ao procedimento adequado à tutela do direito

---

para o julgamento da causa principal e se a alegação de inconstitucionalidade não é "manifestamente infundada". Além do conhecimento e reenvio desse incidente de constitucionalidade, informa Alessandro Pizzorusso que "atualmente é possível, na Itália, intentar uma ação judicial para reivindicar um direito protegido por normas constitucionais, inclusive quando isto implique colocar ante o juiz uma demanda que não se fundamenta em uma lei em vigor, senão que precisamente contém o pedido, apresentado diante do juiz ordinário, de que se remeta ao Tribunal Constitucional a questão da legitimidade constitucional da lei que se opõe ao exercício do direito, e, ao mesmo tempo, que se realize a declaração pelo citado Tribunal da inconstitucionalidade de dita lei". De qualquer modo, não se reconhece ao juiz ordinário o poder para declarar uma lei inconstitucional por violação a um direito fundamental. *Logo, não é uma preocupação da jurisdição ordinária italiana justificar a ação do juiz que invalida normas editadas pelo legislativo*. V., sobre a jurisdição constitucional na Itália, as contribuições de Alessandro Pizzorusso e Gustavo Zagrebelsky à obra coletiva coordenada por Louis Favoreu, *Tribunales Constitucionales Europeus y Derechos Fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

25. Elio Fazzalari, Procedimento, *Enciclopedia del diritto,* XXXV, 1986, p. 827.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION557 557 4/10/2007 14:40:32

material, já que, por exemplo, a falta de técnica processual adequada pode ser suprida judicialmente com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).

Há quem busque, em apoio à doutrina do processo como procedimento qualificado pela participação em contraditório (de Fazzalari), a teoria de Luhmann. Afirma-se que a observância racional do procedimento legitima o resultado do exercício do poder e, além disso, que o procedimento tem o valor social de enfraquecer o confronto ou reduzir o conflito.[26]

Porém, a teoria de Luhmann está situada em uma dimensão distinta a de Fazzalari.[27] Luhmann é ligado à teoria sistêmica, vendo o procedimento judicial como um subsistema social. Para Luhmann, a função da decisão é absorver a insegurança e o objetivo do procedimento é proporcionar aceitabilidade às decisões[28], evitando resistências que ocasionariam desestabilização ao sistema. Para gerar aceitação, a decisão deve resultar de um procedimento neutro ou alheio

26. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo,* São Paulo: Malheiros, 1996, p. 130.
27. *"A concepção de Luhmann para a fundamentação da jurisdição constitucional passa ao largo de uma conexão com o regime democrático ou com valores axiológicos*. Ele a alicerça em procedimentos judiciais, autônomos em relação aos outros subsistemas, e busca a aceitação dos cidadãos de forma autopoiética. A teoria procedimental dessa jurisdição elaborada por ele defende que o procedimento inerente às decisões judiciais, por si só, é condição suficiente para sua legitimação, mesmo que seus posicionamentos tragam grande repercussão social (...) A teoria formulada por Luhmann apresenta algumas deficiências que impedem sua aplicação em uma sociedade considerada pós-moderna. Orientar as decisões inerentes à jurisdição constitucional apenas por procedimentos judiciais, sem forte inter-relação entre a normatividade e a facticidade, significa aumentar o *gap* jurídico e contribuir para o decréscimo da força normativa da Constituição. Outrossim, pela falta de canais eficientes com a realidade social, tende o ordenamento jurídico a se tornar auto-referencial, cerceando as tentativas de construção de uma sólida teoria de legitimidade de atuação extensiva da jurisdição constitucional". (Walber de Moura Agra, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal,* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 199 e 231).
28. "Em primeiro lugar tem de se distinguir claramente no conceito de legitimidade, entre a aceitação de premissas de decisão e aceitação da própria decisão. Esta distinção é particularmente importante, pois o processo legitimador de decisão opera sob uma condição do tipo sim/não. Existe uma grande diferença quando esta condição é aplicada só às premissas de decisão ou também às próprias decisões. Pode-se optar por afirmar os princípios e as normas dos quais uma decisão tem de 'derivar' e negar contudo a própria decisão, por ter logicamente resultado errada ou com base em interpretações falsas ou aceitação de fatos errados. E, ao invés, podem aceitar-se decisões, sem preocupações quantos aos méritos a que se reportam, numa atitude de total indiferença, talvez até numa recusa das suas razões como regras gerais de decisão. À positivação do direito, isto é, à tese de que todo o direito é posto por decisão, corresponde estabelecer o conceito de legitimidade sobre o reconhecimento das decisões como obrigatórias. Este é o conceito mais amplo. Compreende, também, o reconhecimento das premissas de decisão, contanto que se decida sobre elas (noutro tempo e através doutras passagens). Igualmente, leis, atos administrativos, sentenças etc. são, pois, legítimos como decisões, quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o próprio comportamento. Com esta definição as dificuldades deslocam-se para o conceito da aprovação ou aceitação (…) O conceito de aceitação tem de ser correspondentemente formalizado. O que quer dizer é que os indivíduos, por quaisquer motivos, assumam sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento e estruturem as suas expectativas de acordo com isso" (Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, cit., p. 32-33).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION558 558 4/10/2007 14:40:32

aos influxos do "meio ambiente", realizado com base em normas previamente conhecidas, que circunscrevem as atuações dos atores processuais[29].

É imprescindível, para a aceitabilidade, a incerteza a respeito da decisão que será tomada pelo juiz. É essa "incerteza" que impele a parte a atuar – ou, na dicção de Luhmann, a exercer "papéis" –, dando concreção ao procedimento. Tal incerteza, nesse sentido, transforma-se em uma espécie de expectativa[30]. Mas a atuação ou a participação das partes deve obedecer a certos critérios, como os da isonomia, do contraditório e da imparcialidade do juiz.[31] É nesse último sentido que a teoria de Luhmann pode ser relacionada com a que frisa a participação em contraditório, isto é, com a de Fazzalari. Contudo, as teorias de Fazzalari e de Luhmann se situam em planos completamente diversos. Embora a legitimação pelo procedimento, na teoria de Luhmann, também invoque uma legitimação através da participação, *há uma grande distinção entre os significados de participação em Luhmann e Fazzalari*. Luhmann, ao tratar da participação, está preocupado com a *aceitação* das decisões e em "tornar inevitáveis e prováveis decepções em *decepções difusas*"[32], e não apenas com a efetividade do direito da parte participar do processo, influindo sobre o convencimento judicial, o que, segundo Fazzalari, legitimaria o exercício da jurisdição.

Enquanto Fazzalari se mostra preocupado com o procedimento como garantidor da participação em contraditório, Luhmann, ancorado na teoria sistêmica, empenha-se em desligar a legitimidade da decisão jurisdicional de qualquer conteúdo substantivo, ou melhor, em negar a legitimidade como questão autônoma, absorvendo o problema da legitimidade da decisão no da legitimação pelo procedimento. O procedimento, na teoria de Luhmann, não tem a finalidade ou a pretensão de alcançar decisões justas, devendo apenas propiciar uma decisão aceitável.[33]

---

29. Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento,* cit., p. 53.
30. Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento,* cit., p. 53-54 e 98.
31. Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento,* cit., p. 92.
32. Na apresentação da tradução brasileira ao livro de Luhmann, adverte Tércio Sampaio Ferraz Jr: "A maior discrepância entre os contendores, no início do processo, é controlada aos poucos, criando-se condições para a aceitação de uma decisão final. Note-se, porém, que a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Um comportamento contrário é possível, mas a parte que teima em manter sua expectativa decepcionada acaba pagando um preço muito alto, o que a força a ceder. Neste sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis" (Tércio Sampaio Ferraz Jr, Apresentação à edição brasileira do livro de Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento* (tradução de Maria da Conceição Côrte-Real), Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1980, p. 4).
33. V. Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento,* cit., p. 29 e ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION559 559 4/10/2007 14:40:32

A legitimação da decisão a partir do procedimento, na concepção de Luhmann, renega a tutela dos direitos fundamentais e, por desconsiderar a potencialidade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deixa de lado a importância da adequação do procedimento às situações substanciais carentes de tutela. O procedimento de Luhmann é alheio ao que se passa fora dele, impedindo o ajuste do direito à realidade social e, por maior razão, a adequação do procedimento judicial às necessidades do direito material.

Se a doutrina de Fazzalari, embora de cunho normativista[34], realça a necessidade do princípio político da participação – através do contraditório –, mas não cuida da legitimidade da decisão diante dos direitos fundamentais, a teoria de Luhmann é explícita em negar qualquer ligação com a idéia de que a decisão judicial deve concretizar os direitos fundamentais e compreender e controlar a lei a partir desses direitos.

A doutrina de Fazzalari, ao buscar a legitimidade do exercício da jurisdição no procedimento realizado em contraditório, não entra na seara da legitimidade da decisão pelos direitos fundamentais. Já a teoria de Luhmann, ao absorver a questão da legitimidade da decisão na legitimação pelo procedimento, afirma que o procedimento, por si, é suficiente para garantir a legitimação da jurisdição, entendendo ser equivocado relacionar a legitimidade da jurisdição com os direitos fundamentais.

Ou seja, a razão de ser e o objetivo das duas teorias são completamente distintos. Note-se, entretanto, que a moderna doutrina processual brasileira adota as teorias de Fazzalari e de Luhmann e, com base em ambas, sustenta a imprescindibilidade de *decisões justas*[35], como se fosse possível adotar a teoria da legitimação pelo procedimento, devida a Luhmann, e, *ao mesmo tempo*, insistir na *justiça das decisões*. Ora, conforme foi explicado, Luhmann, ao propor a *legitimação pelo procedimento*, *nega* o problema da *legitimidade da decisão*. Frise-se que o procedimento, na teoria de Luhmann, não tem a pretensão de alcançar uma decisão *justa*, mas sim uma decisão *aceitável*.

Deixe-se claro, de qualquer forma, que não há dúvida que as teorias de Fazzalari e de Luhmann não são adequadas a uma idéia de Estado cujo principal dever é o de dar tutela aos direitos na dimensão da Constituição.

A legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível

34. V. Elio Fazzalari, Procedimento, *Enciclopedia del diritto,* XXXV, 1986, p. 819 e ss.
35. Nesse sentido Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo,* cit., *Instituições de Direito Processual Civil,* São Paulo: Malheiros, 2001.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION560 560 4/10/2007 14:40:32

pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. É que o contraditório e a adequação legitimam o processo como meio, porém não se prestam a permitir a identificação da decisão ou do resultado do processo, ou melhor, a garantir o ajuste da decisão aos compromissos do juiz com os conteúdos dos direitos fundamentais. O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais.

Deixe-se claro que há substancial diferença entre dizer que o procedimento deve observar o contraditório e estar adequado ao direito material e afirmar que o procedimento legitima a jurisdição. Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contra-majoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento. Como demonstrou Alexander Bickel, ao delinear a formulação clássica do problema da jurisdição no constitucionalismo norte-americano,

> […] a dificuldade fundamental é que o controle judicial de constitucionalidade é uma força contra-majoritária em nosso sistema. (…) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, ou a ação de um representante do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e agora; ela exercita controle, não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela. Isto, sem implicações místicas, é o que realmente acontece. (...) é a razão pela qual é possível a acusação de que o controle judicial de constitucionalidade não é democrático.[36]

Diante de tal questão, e para explicar a legitimidade da decisão, aparecem as teorias textualistas, procedimentalistas (a segunda perspectiva procedimental antes referida, distinta da de Luhmann) e substancialistas. As primeiras propõem uma interpretação textualista da Constituição, atrelando a legitimidade da jurisdição ao literalismo das normas constitucionais.[37] As teorias procedimentalistas buscam dar legitimidade à jurisdição destacando seu papel de reforço do processo democrático de elaboração da lei,[38] enquanto que as substancialistas dão

36. "The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. (…) When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. (…) it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic" (Alexander Bickel, *The least dangerous branch,* 2 ed., New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-17).
37. V. Antonin Scalia, *A matter of interpretation,* New Jersey, Princeton University Press, 1997, e, para uma versão mais rica e proveitosa do argumento textualista, Akhil Reed Amar, Intratextualism, *Harvard Law Review,* v. 112, 1999, p. 747-827.
38. V. Jürgen Habermas, *Between facts and norms,* cit.; John Hart Ely, *Democracy and distrust,* Cambridge: Harvard University Press, 1980.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION561 561 4/10/2007 14:40:32

ênfase ao conteúdo material dos preceitos constitucionais, advindo a legitimação da jurisdição do fato de os juízes aplicarem as cláusulas amplas da Constituição de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhes servem de base.[39]

O textualismo é incapaz de dar legitimidade à decisão jurisdicional, uma vez que as normas constitucionais, especialmente as que afirmam direitos fundamentais, têm natureza aberta e indeterminada. Para concretizar os direitos fundamentais – viabilizando a sua proteção e realização fática – e bem situar e controlar as normas infraconstitucionais, é necessário delinear os conteúdos dos direitos fundamentais, o que não pode ser feito através de uma interpretação textual da Constituição. Essa dificuldade leva os textualistas à recriação do próprio problema a ser enfrentado, pois, diante da necessidade do preenchimento do sentido vago das disposições constitucionais, são forçados a definir critérios capazes de selecionar qual é o correto sentido "literal" do texto constitucional. Alguns dizem que é o sentido atribuído pelos membros da assembléia constituinte que elaborou a Constituição; outros que é o sentido que pareceria razoável aos olhos da geração constituinte; e, outros ainda, que é o sentido que lhe dá a geração atual. Ou seja, os textualistas têm que apelar para fora do texto constitucional para solucionar dúvidas interpretativas. Porém, este é precisamente o defeito que eles apontam nas demais teorias constitucionais. Logo, essa é uma teoria que reproduz a sua própria crítica.

As teorias procedimentalistas criticam a busca de um conteúdo substancial na tutela dos direitos fundamentais com base no argumento de que inexistem valores fundamentais aceitos por todos os cidadãos de forma pacífica. Os procedimentalistas afirmam que, diante da natureza aberta das normas constitucionais,

39 Ronald Dworkin sintetiza a proposta substancialista na seguinte passagem: "Nosso sistema constitucional repousa sobre uma teoria moral particular, isto é, que homens têm direitos morais (*moral rights*) contra o estado. As cláusulas difíceis da Carta de Direitos (...) têm de ser entendidas como apelativas à conceitos morais (...); por essa razão uma corte que está incumbida do ônus de aplicar estas cláusulas plenamente como direito tem de ser uma corte ativista, no sentido de que precisa estar preparada para moldar e responder questões de moralidade política". No original: "Our constitutional system rests on a particular moral theory, namely, that men have moral rights against the state. The difficulty clauses of the Bill of Rights (…) must be understood as appealing to moral concepts (…); therefore a court that undertakes the burden of applying these clauses fully as law must be an activist court, in the sense that it must be prepared to frame and answer questions of political morality". (Ronald Dworkin, *Taking rights seriously,* London: Duckworth, 1977, p. 147). V. também Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério,* São Paulo: Martins Fontes, 2002; Ronald Dworkin, *O império do direito,* São Paulo: Martins Fontes, 1999; Ronald Dworkin, Integrity in Law*, in: Law´s Empire,* Cambridge: Harvard University Press, 1986; e, para a elaboração mais recente dessa tese, Ronald Dworkin, *Freedom's law,* Oxford: Oxford University Press, 1996. Uma defesa qualificada da teoria substancialista também é encontrada nos trabalhos de Laurence Tribe: *Constitutional choices,* Cambridge: Harvard University Press, 1985; e *On reading the constitution,* Cambridge: Harvard University Press, 1991, esse último escrito em co-autoria com Michael Dorf.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION562 562 4/10/2007 14:40:33

não se deve dar ao juiz o poder de escolher os valores substanciais nelas contidos, pois isto poderia gerar a tirania dos tribunais. Ou seja, a legitimidade da decisão, segundo essas teorias, jamais seria encontrada dando-se ao juiz o poder de determinar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para se opor à decisão da maioria da casa legislativa. Eis o que escreve John Hart Ely, um dos mais importantes representantes do procedimentalismo norte-americano:

> […] nossa sociedade não tomou a decisão constitucional a favor de um sufrágio quase-universal para mudar de atitude e aceitar, em decisões populares, a imposição, desde o alto, dos valores de juristas de primeira classe. Como Robert Dahls observou, "após quase vinte e cinco séculos, as únicas pessoas que parecem convencidas das vantagens de serem governadas por reis-filósofos são ...uns poucos filósofos…"[40]

Para as teorias que negam que a legitimidade da jurisdição esteja presente no conteúdo material dos direitos fundamentais, mas sim nos procedimentos que asseguram o regime democrático, cabe à jurisdição apenas corrigir os eventuais desvios do processo de representação popular, assegurando a efetiva participação do povo no poder e a participação política das minorias, e não analisar se os conteúdos substanciais pretensamente subjacentes à Constituição estão presentes nas normas infraconstitucionais.[41]

Se parte das teorias procedimentalistas faz preponderar a participação popular sobre os direitos fundamentais (Ely),[42] a teoria de Habermas – ao contrário

40. "Our society did not make the constitutional decision to move to near-universal suffrage only to turn around and have superimposed on popular decisions the values of first-rate lawyers. As Robert Dahls has observed, 'After nearly twenty-five centuries, almost the only people who seem to be convinced of the advantages of being ruled by philosopher-kings are… a few philosophers" (John Hart Ely, *Democracy and distrust,* cit, p. 59-60).
41. V. John Hart Ely, *Democracy and distrust*, cit, p. 89 e ss.
42. Esse frágil aspecto da teoria procedimental é enfatizado por Bruce Ackerman ao analisar a concepção monista de democracia que serve de alicerce a teorias como a de Ely. De acordo com Ackerman, teorias monistas são aquelas para as quais a democracia requer a cessão plena da autoridade de legislar aos vencedores das últimas eleições – ao menos enquanto as eleições estejam sendo conduzidas segundo regras de liberdade e equidade e os vencedores não tentem impedir a continuidade das disputas eleitorais. Esta idéia motiva uma sensível conclusão institucional: durante o período entre as eleições, qualquer limitação institucional aos vitoriosos do processo eleitoral é presumivelmente antidemocrática. O problema dessa concepção é que ela enfraquece a linha que separa, de um lado, a autoridade dos governantes eventualmente escolhidos nas eleições e, de outro, a autoridade do povo soberano. Para preservar essa distinção as constituições devem estabelecer instituições capazes de exercer uma função preservacionista das decisões do povo postas no texto constitucional. Caso contrário, os princípios constitucionais estabelecidos podem, perigosamente, ser deixados à disponibilidade dos governantes do momento. Deve haver instituições aptas a bloquear efetivamente qualquer esforço direcionado a repelir os princípios constitucionais mediante a simples aprovação de uma lei ordinária, e, assim, a conformar o comportamento dos detentores eventuais do poder segundo os limites definidos pelo povo na Constituição. V. Bruce Ackerman, *We the people: foundations,* Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 8-10.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION563 563 4/10/2007 14:40:33

das outras teorias procedimentalistas – permite a infiltração da decisão por paradigmas éticos-morais, mostrando-se preocupada com a formação de um consenso a respeito dos direitos fundamentais, em um espaço público no qual deva se desenvolver o debate popular. Segundo Habermas, a jurisdição constitucional deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. Para Habermas, os juízes constitucionais devem agir de modo a garantir as condições do processo democrático de legislação. A eles cabe "examinar os conteúdos de normas controvertidas, principalmente em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático".[43] Não obstante, a teoria de Habermas tem sido atacada pela doutrina brasileira – talvez sem razão – sob o argumento de que a sua base, identificada em um espaço público como alicerce para as decisões da jurisdição constitucional, é difícil de ser concretizada no Brasil[44].

As teorias substancialistas entendem que a jurisdição encontra legitimidade no conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Apontam para o fim da decisão, e não para a forma de sua construção, como as procedimentalistas. Esse fim é o de propiciar a concretização dos valores contidos nas normas constitucionais, particularmente nos direitos fundamentais.

O grande problema é a definição de tais valores, o que é necessário para permitir à jurisdição atuar de modo racionalizado diante dos casos concretos. Este problema encontra origem na natureza aberta e indeterminada dos direitos fundamentais. Se o direito fundamental incide sobre o controle da lei e da sua ausência (regras positivas e negativas), torna-se necessário definir de que modo

43. […] die Inhalte strittiger Normen vor allem im Zusammenhang mit den Kommunikationsvoraussetzungen und Verfahrensbedingungen des demokratischen Gesetzgebungsprozess überprüfen. (Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung,* Frankfurt, Suhrkamp, 1998, p. 320). Acerca da teoria da jurisdição constitucional de Habermas, ver, no Brasil, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, *Devido processo legislativo,* Belo Horizonte: Mandamentos, e Gisele Cittadino, *Pluralismo, direito e justiça distributiva,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 203-217.

44. […] onde grande parte da população não dispõe ainda dos direitos de segunda dimensão, configurando-se impossível pensar como uma população pode exercer plenamente sua cidadania, sem ter ao menos as menores condições de sobrevivência asseguradas. O espaço público não pode ser o *locus* para as discussões que possibilitem a participação de toda a população porque ela, em sua grande maioria, está excluída do debate político. Sem a garantia das cinco dimensões dos direitos fundamentais – que será acrescido de mais algumas com o decorrer do desenvolvimento das sociedades humanas –, a teoria habermasiana não pode ser aplicada, fato que dificulta sua concretização em países subdesenvolvidos. Na teoria habermasiana, o conceito de espaço público é supervalorizado, acarretando que uma estrutura de taxionomia sociocomunicativa, sem nenhuma especificação mais concreta que impeça sua manipulação, sobreponha-se à Lei Maior e fragilize a normatividade dos dispositivos constitucionais, esvaziando a força de garantias jurídicas que protegem o desenvolvimento das sociedades humanas. (Walber de Moura Agra, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal,* cit., p. 231-232).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION564 564 4/10/2007 14:40:33

o direito fundamental vincula o juiz ou de que forma o juiz deve se postar, ao pensar o direito fundamental, diante da decisão – positiva ou negativa – da maioria parlamentar.

Os direitos fundamentais se relacionam com normas restritivas e conformadoras, sendo que as primeiras restringem ou limitam posições que estão inseridas no *âmbito de proteção* do direito, enquanto que as normas conformadoras, em sentido oposto, têm o objetivo de densificar e concretizar o direito fundamental.

A admissão das normas restritivas não é circunscrita aos casos em que as próprias normas constitucionais expressamente as autorizam, mas igualmente às hipóteses de "restrição imanente", que ocorre quando há colisão entre direitos fundamentais. Tal forma de restrição (imanente) decorre da necessidade de concordância entre os direitos fundamentais.[45]

A norma restritiva, embora possa afetar uma posição jurídica situada no "âmbito de proteção" do direito fundamental, não pode violar o seu "núcleo essencial".[46] Para se verificar se uma norma atenta contra o "núcleo essencial" de um direito admite-se apenas uma análise objetiva e abstrata entre a norma restritiva e o direito fundamental por ela atingido. Ainda que esta análise possa ser feita pelo juiz singular – ou no controle difuso da constitucionalidade –, jamais será possível considerar as circunstâncias do caso concreto para afrouxar os limites do "núcleo essencial" de um direito fundamental.

A norma conformadora tem a finalidade de densificar ou concretizar o direito fundamental. Porém, é possível que, em algumas situações, venha a atingir a esfera de proteção de outro direito fundamental. É o que ocorre, por exemplo, com a norma que prevê a antecipação da tutela fundada em perigo e "verossimilhança da alegação". Não existe, nessa hipótese, violação ao núcleo essencial do direito fundamental de defesa. Ainda que a esfera jurídica do réu seja atingida pelos efeitos da decisão baseada em "verossimilhança", não lhe é eliminado o direito de defesa ou a possibilidade de demonstrar ao juiz a inexistência do direito que foi admitido como verossímil quando da concessão da tutela antecipada. Ademais, a postecipação do exercício do direito de defesa se funda na necessidade de se impedir lesão ao direito do autor – que deve ser verossímil – e, assim, no direito fundamental de ação (direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – art. 5º, XXXV, CF).

45. V. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* Coimbra: Almedina, 2002, p. 1240 e ss.
46. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais,* Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 243 e ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION565 565 4/10/2007 14:40:33

Deseja-se demonstrar, com tal exemplo, a possibilidade de uma norma afetar uma posição jurídica inserida no âmbito de proteção de um direito fundamental, desde que racionalmente justificada a partir de outro direito fundamental. Ou seja, a restrição de um direito fundamental não depende unicamente de normas constitucionais autorizadoras, admitindo limitações jusfundamentadas.

De outra parte, a falta de atuação legislativa ou administrativa diante de um direito fundamental que necessita de prestações normativas ou fáticas estatais gera a sua inutilização.[47]

A teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela devida pelo legislador[48], facilita muito a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais.

A questão passa a dizer respeito à possibilidade de se entender que o juiz pode suprir a omissão de tutela do legislador aos direitos fundamentais. Como os direitos fundamentais trazem ao Estado o dever de protegê-los, a omissão de proteção, ao ser detectada no processo jurisdicional, obriga o juiz a supri-la. Ou seja, no caso de inexistência ou insuficiência da proteção normativa, o juiz deve outorgar a tutela do direito fundamental.[49]

O problema é que as normas de direitos fundamentais não definem a forma, o modo e a intensidade com que um particular deve ser protegido em relação ao outro, ou melhor, como o próprio direito fundamental deve ser tutelado, o que põe em risco especialmente o direito de liberdade da parte contrária. Não obstante, quando é inquestionável que "algo" é devido por um particular para que o direito fundamental seja respeitado, nada impede que se exija a sua imediata

47. Acerca do tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais vale destacar, dentre as obras doutrinárias publicadas no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, "Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", *in: A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155; Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas,* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; Wilson Steinmetz, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais,* São Paulo: Malheiros, 2004; Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares,* São Paulo: Malheiros, 2005. Na jurisprudência, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, 11.10.2005, *Informativo STF* nº 405.

48. V. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado,* Coimbra: Almedina, 2003, p. 81 e ss.

49. V. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado,* cit, p. 115 e ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION566 566 4/10/2007 14:40:33

observância, ainda que, evidentemente, essa questão deva ser discutida perante a jurisdição à luz dos direitos fundamentais do particular atingido.[50]

Esclareça-se, contudo, que a ação do juiz, no suprimento de uma omissão legislativa, não tem a mesma amplitude da ação do legislador. Como escreve Canaris, "a função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela carece, em princípio, para a sua realização, da transposição pelo direito infraconstitucional",[51] de modo que "ao legislador ordinário fica aqui aberta, em princípio, uma ampla margem de manobra entre as proibições da insuficiência e do excesso".[52] Essa margem, contudo, não é a mesma que está franqueada ao juiz. Sobre isso é fundamental apreender com Canaris que

> […] a proibição da insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, *em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos deve este ser realizado pelo direito ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido*. No controle de insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça *as exigências mínimas na sua eficiência*.[53]

Ao juiz cumpre apenas o controle de insuficiência, não pode ele ir além disso.[54]

Tratando-se de direitos fundamentais que necessitam de prestações fáticas de caráter social, como o direito fundamental à saúde, o núcleo essencial do direito fundamental a ser concretizado deve ser delineado a partir da idéia de mínimo imprescindível. Se o direito fundamental objetiva garantir uma prestação social ao cidadão, e essa prestação impõe ao Estado a necessidade de dispor de recursos

---

50. V. Arlo Chase, Note, Maintaining Procedural Protections for Welfare Recipients: Defining Property for the Due Process Clause, *New York University Law Review,* 1997, v. 23, p. 574.
51. *Direitos Fundamentais e Direito Privado,* cit, p. 138.
52. *Direitos Fundamentais e Direito Privado,* cit, p. 138.
53. *Direitos Fundamentais e Direito Privado,* cit, p. 138-139.
54. Por exemplo, a Constituição de 1988 garante aos empregados urbanos e rurais remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento a do normal (art. 7º, XVI). Isto significa que, caso não haja nenhuma lei trabalhista infraconstitucional que regule a remuneração das horas-extras de trabalho, ou haja uma lei que estabeleça valores remuneratórios inferiores a cinqüenta por cento, cabe ao Poder Judiciário reconhecer a insuficiência da proteção legal do trabalhador e assegurar o mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido – remuneração da hora-extra com cinqüenta por cento a mais do que a hora normal. Nada mais, nada menos. Não pode o judiciário, por exemplo, determinar, na ausência de norma infraconstitucional, que o pagamento deva ser setenta por cento superior. Não cabe aos juízes dar aquela proteção que eles considerem ser a melhor para o trabalho extraordinário, mas apenas garantir o mínimo de proteção determinado pela Constituição. A situação é diferente, porém, no que toca ao legislador. Este pode ampliar a proteção constitucional, desde que não atinja o extremo da intervenção excessiva.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION567 567 4/10/2007 14:40:34

financeiros, é natural que, especialmente em um país com as limitações do Brasil, essa relação exija a análise da racionalidade da prestação estatal objetivada à luz da realidade social e econômica do país.

Na verdade, a concretização dos direitos fundamentais mediante a implementação de prestações fáticas sociais deve ter em conta, além da racionalidade da prestação estatal diante da realidade social e econômica do país, a situação econômica do cidadão ou da classe social que requer judicialmente a atuação estatal.

Ou seja, a racionalidade da exigência da prestação estatal em face da realidade social e econômica do país exige a definição da sua imprescindibilidade para a concretização do desejo instituído no direito fundamental. Tal imprescindibilidade, ao definir o mínimo imprescindível ou essencial, também aponta para o núcleo essencial do direito fundamental.

De qualquer forma, ainda que seja possível estabelecer critérios objetivadores da atuação judicial na compreensão do significado dos direitos fundamentais, certamente não há como garantir que as decisões judiciais que neles se fundam sejam uniformes – no sistema de controle difuso da constitucionalidade – ou que o juiz, para decidir a partir deles, possa deixar de argumentar.

Na verdade, o juiz, para definir o conteúdo substancial de um direito fundamental, deve argumentar de modo racional com o objetivo de convencer. A inevitabilidade da racionalização da decisão através da argumentação, porém, não quer dizer que a legitimidade da decisão derive apenas da argumentação, e não do conteúdo dos direitos fundamentais. Ou melhor, a necessidade de argumentação não deixa de lado o conteúdo da decisão como fator de legitimação da jurisdição.

Não basta qualquer decisão. É preciso que a decisão se funde em critérios objetivadores da identificação do conteúdo do direito fundamental e que se ampare em uma argumentação racional capaz de convencer.

7. A LEGITIMIDADE DA DECISÃO A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, A OTIMIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCEDIMENTO E A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL

Quando a legitimidade da decisão depende da identificação judicial do conteúdo material dos direitos fundamentais, deixa-se de lado qualquer forma genuína de procedimentalismo,[55] ou mais precisamente a idéia de que a legitimidade da

55. A distinção entre *procedimentalismo genuíno* (*primary proceduralism*), posição para a qual o emprego do processo relevante é tanto indispensável quanto determinante de qualquer resultado que possa ser

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION568 568 4/10/2007 14:40:34

decisão decorre unicamente da observância dos parâmetros fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento.

Nessa perspectiva, ainda que a participação tenha grande importância, entende-se que a jurisdição deve dar ênfase ao conteúdo material dos direitos fundamentais, aplicando-os de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhes servem de fundamento.[56]

Quando se frisa a observância do procedimento como critério para a legitimidade da decisão, pode-se estar negando a possibilidade de o juiz identificar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Isso ocorre quando a identificação judicial do conteúdo material do direito fundamental é integralmente substituída pela participação no procedimento. Acontece que a participação não deve ser contraposta à proteção do conteúdo substancial dos direitos fundamentais como critério de legitimidade da decisão judicial. A participação não é capaz de permitir que se deixe de lado o poder-dever de o juiz apontar para o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para dar tutela jurisdicional aos direitos ou para proteger a sociedade contra as decisões do parlamento.

A observância do procedimento ou a participação não são suficientes para conferir legitimidade à decisão. É preciso que a jurisdição tenha o poder de apontar para o fundamento material do direito fundamental para poder negar a lei que com ele se choca. Por outro lado, não há como o juiz exercer isoladamente o

---

considerado legítimo, e *procedimentalismo derivado* (*derivative proceduralism*), para o qual os resultados são em última instância determinados e legitimados por algo mais fundamental, ou logicamente antecedente, em relação ao processo relevante, é elaborada por Michel Rosenfeld ("Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory?" *In: Habermas on Law and Democracy* (Michel Rosenfeld, Andrew Arato (Ed.)), Berkeley: University of California Press, 1998, p. 90).

56. Enquanto postura teórica, essa tese, que combina o aspecto procedimental da participação com o aspecto substancial da concretização dos valores públicos na compreensão do processo judicial, é característica da chamada "Escola do Processo Legal" (*Legal Process School*), movimento teórico norte-americano que alcançou seu auge nas décadas de 1950 e 1960, mas que até hoje tem enorme influência sobre a literatura jurídica dos Estados Unidos. Essa escola de pensamento teve por principal propósito mostrar como o processo constrange a discricionariedade judicial dentro de limites toleráveis sem descuidar da realização das finalidades humanas do direito. A visão do "Processo Legal" trata a vantagem comparativa distintiva da procedimento judicial como sendo a sua capacidade de produzir decisões baseadas em princípios em lugar da discricionariedade ou do julgamento político subjetivo (v. Michael C. Dorf, Legal Indeterminacy and Institutional Design, *New York University Law Review,* v. 78, n. 3, 2003, p. 920). Esse tipo de enfoque, que tem sua principal formulação no escrito experimental de Henry Hart e Albert Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law,* de 1958, pode ser visto em autores como Herbert Wechsler ("Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review,* v. 73, n. 1, 1959, p. 1-35), Alexander Bickel *(The Least Dangerous Branch,* 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986), Harry Wellington *(Interpreting the Constitution: the Supreme Court and the Process of Adjudication,* New Haven: Yale University Press, 1990), Owen Fiss ("The forms of justice", *Harvard Law Review,* v. 93, 1979, p. 1-58).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION569 569 4/10/2007 14:40:34

ofício de delimitar o conteúdo aberto das normas de direitos fundamentais e dos valores constitucionais. Como adverte Carlos Santiago Nino,

> […] a perspectiva usual de que os juízes estão melhor situados que os parlamentos e que outros funcionários eleitos pelo povo para resolver questões que tenham a ver com direitos, parece ser a conseqüência de certo tipo de elitismo epistemológico. Este último pressupõe que, para alcançar conclusões morais corretas, a destreza intelectual é mais importante que a capacidade para se representar e equilibrar imparcialmente os interesses de todos os afetados pela decisão.[57]

O que se pode dizer, na linha de Habermas, é que o juiz deve examinar os conteúdos das normas controvertidas em conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático. Lembre-se que, segundo Habermas, a jurisdição deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. O juiz deveria estar atento ao consenso formado no espaço público a partir da discussão e do debate.[58]

Uma maior possibilidade de participação, ou de uma participação mais vinculada à idéia de formação de um resultado a partir do debate popular, existe no processo de controle abstrato de constitucionalidade, através do que se chama de *amicus curiae*. A Lei n. 9.868/99, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, afirma, em seu art. 7º, §2º, que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Essa norma admite a intervenção de um terceiro, qualificado de *amicus curiae*, cuja intervenção é admitida sob o pressuposto de ter ele representatividade e interesse objetivo em relação à controvérsia constitucional.

O fundamento dessa intervenção é a de propiciar a ouvida dos diversos setores de sociedade que têm interesse na controvérsia constitucional. Disse o Supremo Tribunal Federal, na Adin n. 2.130-SC, que

---

57. Carlos Santiago Nino, *La Constituición de la Democracia Deliberativa.* Barcelona: Gedisa, 1997, p. 260.
58. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung,* Frankfurt, Suhrkamp, 1998, p. 320. A razão para tanto é que "uma ordem jurídica é legítima na extensão em que assegura igualmente a autonomia privada e política co-original de seus cidadãos" (Jürgen Habermas, "Paradigms of Law", *In: Habermas on Law and Democracy,* cit., p. 19). Nesse sentido, portadores de direitos "são autônomos somente na medida em que compreendem a si mesmos como autores da lei a que são submetidos como destinatários. […] Os direitos podem conferir a homens e mulheres o poder de moldar suas próprias vidas autonomamente somente na extensão em que esses direitos também facilitam a igual participação na prática de autodeterminação cívica, porque apenas as próprias pessoas afetadas podem clarificar os aspectos relevantes – os critérios e *standards* – que definem a igualdade e a desigualdade para uma dada questão" (Jürgen Habermas, "Paradigms of Law", *In: Habermas on Law and Democracy,* cit., p. 18, p. 21).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION570 570 4/10/2007 14:40:34

> […] a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.[59]

De modo que a referida norma do art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99, ao abrir oportunidade para a intervenção processual do *amicus curiae*, objetiva fundamentalmente pluralizar o debate constitucional, vendo o terceiro como um amigo da Corte, ou melhor, como alguém que possa falar em nome de um setor social cuja palavra tenha importância para a formação do debate em torno da controvérsia constitucional.[60]

Isso, porém, não esgota o problema. É preciso atrelar a legitimidade da decisão a critérios objetivadores da compreensão da questão constitucional e dos direitos fundamentais, tomando-se em conta determinadas regras, como as do "núcleo essencial" e do "mínimo imprescindível". E, além disto, exigir do juiz uma justificativa capaz de evidenciar o emprego de tais critérios em seu raciocínio decisório.

Ademais, nas hipóteses em que o juiz nega uma norma infraconstitucional em razão de um direito fundamental, o seu raciocínio decisório, expresso na justificativa, deve ser capaz de convencer que a lei desconsidera o valor social guardado no direito fundamental. Nas palavras de Alexy, a "representação argumentativa", posta nas mãos do juiz, deve ser capaz de convencer os cidadãos de que a invalidação da decisão parlamentar assegura que esta não prevaleça sobre o direito fundamental.[61]

8. A ARGUMENTAÇÃO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO

Os direitos fundamentais, num sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, necessariamente estabelecem um confronto entre o juiz e o legislador. É certo que a superação da lei pelos direitos fundamentais obriga

---

59. STF, Rel. Min. Celso de Mello, ADIN 2.130-SC, DJ de 02.02.2001, p. 145.
60. A intervenção do *amicus curiae*, portanto, constitui uma técnica processual voltada a permitir a maior participação possível no debate e na formação do consenso a respeito das controvérsias constitucionais. Trata-se de uma forma de intervenção implementadora da participação popular e legitimadora das decisões relativas às normas constitucionais e aos direitos fundamentais.
61. V. H. Spector, Judicial Review, Rights, and Democracy, *Law and Philosophy,* v. 22, 2003, p. 334: "constitutional constraints express the value of liberty as non-domination. Once constraints are established

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION571 571 4/10/2007 14:40:35

o juiz a se pautar por critérios objetivadores. Entretanto, tais critérios não são capazes de permitir uma segurança absoluta na delimitação dos conteúdos que devem subordinar a lei.

Não há dúvida que os direitos fundamentais, ao se colocarem acima da vontade posta pela maioria no parlamento, estão fora da disposição do legislativo, e por esta razão deveriam expressar, em tese, o consenso popular. Fala-se "em tese" pelo motivo óbvio de que o consenso popular é formado por concepções particulares, as quais são naturalmente conflitivas e antagônicas, bastando lembrar que enquanto uns são contra o aborto a partir de convicções religiosas, outros o defendem em nome da liberdade.[62]

Alexy busca distinguir uma concepção moral individual ou particular diante de uma concepção moral pública, afirmando que essa última envolve uma representação *comum* sobre as condições justas de cooperação social em um mundo caracterizado pelo *pluralismo.* Para tanto, fundando-se em Rawls[63], conclui que o conteúdo dos direitos fundamentais está no que os cidadãos racionais com concepções pessoais *distintas* consideram como condições de cooperação *social* justas "tão importantes" *(consenso)* que não podem ser deixadas nas mãos do legislador.[64]

Ao afirmar a inadequação da lei a um direito fundamental, o juiz deve argumentar que a lei interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição.[65] Não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas sim de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a lei se choca com o direito fundamental. Portanto, a afirmação do direito fundamental diante da lei deve significar oposição entre uma argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo legislativo. Trata-se, como diz Alexy, de uma *representação argumentativa* a cargo da jurisdição em face de uma *representação política* concretizada na lei. [66]

---

in the constitution, a morally committed judge ought to invalidate laws that overstep them […] judicial review is a reasonable interpretation of the moral powers of people to contest the exercise of force in an impartial deliberative setting".

62. Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* Madrid: Trotta, 2001, p. 39.
63. Segundo Rawls, as concepções individuais racionais, ainda que opostas, podem permitir um consenso. Para explicar a sua idéia, diz Rawls que deve haver um consenso sobreposto (*overlapping consensus*), o qual seria a única forma de alcançar uma concepção pública de justiça em uma sociedade pluralista (John Rawls, *A Theory of Justice,* cit., p. 132 e ss).
64. Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* cit., p. 40.
65. Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* cit., p. 40.
66. Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* p. 40; Walter Erman, *Lücken im materialrechtlichen und prozessualen*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION572 572 4/10/2007 14:40:35

Mas a compreensão da existência dessas duas formas de representação não resolve o problema, constituindo apenas um primeiro passo para se chegar à solução. Se a jurisdição detém a representação argumentativa em benefício da sociedade e em defesa dos direitos fundamentais, mas a representação política está consubstanciada na lei, é necessário que a representação argumentativa supere a representação política para que o direito fundamental possa se sobrepor à lei. *Vale dizer que a representação argumentativa deve ser capaz de convencer os cidadãos de que a decisão parlamentar, ou a representação política, não deve prevalecer sobre o direito fundamental.*[67]

Isso se torna possível quando se compreende que a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. Um conceito adequado de democracia deve envolver não somente decisão mas também discussão[68]. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa.[69] A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisões públicas.[70] Essa dimensão discursiva da democracia é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as bases da convivência política legítima. O controle judicial de constitucionalidade da lei se justifica quando os juízes demonstram publicamente que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis, por todos aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição.

O controle da lei a partir dos direitos fundamentais não significa que a jurisdição tem o poder de dizer o que legislador deve fazer, mas sim que a jurisdição tem o poder-dever de argumentar e convencer a sociedade quando surge a divergência sobre se uma decisão do legislador se choca com um direito fundamental.

O controle jurisdicional da lei e dos procedimentos judiciais se mostra plenamente legítimo quando se percebe que a jurisdição possui o dever de lançar mão de uma argumentação racional capaz de convencer a sociedade no caso em que aparece a desconfiança de que a decisão do parlamento toma de assalto a substância identificada em um direito fundamental.

Schutz von Rechten, JZ, 1960, 297; C. D. Classen, *Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt,* JZ, 2003, 693.

67. V. H. Spector, Judicial Review, Rights, and Democracy, *Law and Philosophy*, v. 22 2003, p. 334.
68. Robert Alexy, Balancing, Constitutional Review and Representation, *International Journal of Constitutional Law,* v. 3, n. 4, 2005, p. 579.
69. Robert Alexy, *Balancing, Constitutional Review and Representation,* cit., p. 579.
70. Robert Alexy, *Balancing, Constitutional Review and Representation,* cit., p. 579.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION573 573 4/10/2007 14:40:35

9. O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO ADEQUADO AOS FINS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Como está claro, não há como pretender ver o processo apenas como uma relação jurídica processual. A relação jurídica processual, nos moldes pensados pela doutrina clássica, nada diz sobre o conteúdo do processo. Tal relação jurídica processual pode servir a qualquer Estado e a qualquer fim. Daí a sua evidente inadequação quando se pretende explicar o processo diante do Estado constitucional e dos direitos fundamentais.

Por outro lado, ainda que o processo seja formado a partir de uma situação jurídica carente de tutela, não é possível limitar a significado do processo a uma ou a várias situações jurídicas, pouco importando se dessas decorrem, ou não, o interesse e a possibilidade da prática de atos no processo.

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *modulo legal* que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É o *conduto* que *garante o acesso de todos* ao Poder Judiciário, e, além disto, é o *conduto* para a *participação popular* no poder e na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.

É evidente que o procedimento, quando compreendido nessa dimensão, é atrelado a valores que lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas finalidades.[71] Isso pela razão óbvia de que o procedimento, à luz da teoria processual que aqui interessa, não pode ser compreendido de forma neutra e indiferente aos direitos fundamentais e aos valores do Estado constitucional. Nesse momento não há razão para tentar penetrar na essência de outro processo que não aquele que importa à jurisdição do Estado contemporâneo.

71. Frise-se, contudo, que os valores que dão conteúdo ao processo não são inteiramente pré-definidos em relação ao próprio processo. Eles têm seu sentido permanentemente construído e reconstruído no interior da mesma prática social a qual servem de fundamento.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION574 574 4/10/2007 14:40:35

CAPÍTULO XXIII

TÍTULO EXECUTIVO COMO REPRESENTAÇÃO DOCUMENTAL TÍPICA DO CRÉDITO: RESPOSTA A JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA[1]

Marcelo Lima Guerra*

Sumário: 1. Introdução – 2. A teoria do título como (qualquer) suporte fático ao qual a lei atribui eficácia executiva – 3. A norma jurídica – 4. O ato jurídico – 5. Fatos, atos e objetos institucionais – 6. "*Gramática*" de 'requisito de admissibilidade da execução' – 7. O que é uma teoria do título executivo? – 8. Título executivo como *fato institucional* e a confirmação da utilidade da teoria de Andolina para a compreensão do direito brasileiro – 9. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Já na primeira edição de *Execução Forçada: Controle de Admissibilidade*, em 1995, defendi a *utilidade* da teoria do título executivo como *representação documental típica do crédito*, elaborada por Italo Andolina para a *descrição (= reconstrução racional)* do direito positivo italiano, também para a *descrição (= reconstrução racional)* do direito positivo brasileiro.[2] Naquela oportunidade,

(*) Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor da Graduação e do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Juiz do Trabalho Substituto do TRT-7ª Região.

1. Dedico esse trabalho ao amigo Medina, o qual, honrando-me com uma crítica atenta e inteligente de minhas idéias sobre o tema, contribuiu significativamente para que eu amadurecesse o bastante, ao largo desses últimos 5 anos de reflexões, para responder-lhe com o esmero que ele merece.

Quero agradecer a Amedeo Conte e a Giuseppe Lorini, pela inestimável contribuição que me deram, de tantas maneiras, na evolução de meus pensamentos sobre as *dimensões institucionais do jurídico* [título que sempre achei *exato* para a obra de Lorini]. Ambos leram e formularam críticas muito esclarecedoras a um pequeno escrito meu [nunca publicado e denominado 'Sulla falsità delle banconote'], no qual comentava texto [então inédito] de Conte, onde arrisquei minha primeira tentativa de analisar a "*existência institucional*". Agradeço, *enfim*, mas *longe* de *em último lugar*, a Ana Stela Vieira Mendes, pelas leituras e revisões criteriosas deste texto, que me permitem publicá-lo com muito menos falhas e equívocos.

2. ANDOLINA, Italo. *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*. Milano: Giuffrè, 1982; GUERRA, Marcelo Lima, *Execução Forçada - Controle de Admissibilidade*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998. No presente texto, a expressão 'reconstrução racional' pode ser compreendida no mesmo sentido explicitado por Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Robert Summers e Jerzy Wróblewski: "Por 'reconstrução racional', nós entendemos a atividade de explicar dados fragmentários e potencialmente conflitantes, referindo-os a objetos teóricos à luz dos quais esses dados são considerados como relativamente coerentes, porque apresentados como partes de um conjunto complexo e bem ordenado" ["By 'rational reconstruction' we mean the activity of explaining fragmentary and potentially conflicting data by reference to theoretical objects in the light of which the data are seen as relatively coherent, because presented as parts of a

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION575 575 4/10/2007 14:40:35

fiz as devidas adequações à mencionada teoria, levando em consideração o art. 586 do CPC, sustentando que o título executivo consiste na *representação documental típica de crédito líquido, certo e exigível*. Desde então, várias obras de doutrina nacional vieram a lume tratando da execução civil. Poucas, porém, trataram de modo específico de tema tão relevante quanto o *conceito legal de título executivo*.

A importância fundamental do assunto, na perspectiva dogmática, é indiscutível (embora pouco percebida pelos doutrinadores pátrios): sendo o título executivo o requisito de admissibilidade por excelência da execução forçada, como demonstra a insistência com que o legislador a ele se refere (CPC, arts. 583, 586, 614, I e 618), a incerteza doutrinária quanto ao seu *conceito*, vale dizer, quanto ao que se deve entender como sendo o título executivo, deixa desamparado o juiz, naquela sua atividade de extrema importância que é o *controle de admissibilidade* da execução. É que, sendo diferente o conceito de título executivo elaborado pela doutrina (através daquilo que chamarei *uma teoria do título executivo*) e, eventualmente, *adotado* pelo juiz, diverso há de ser o *objeto* (e por conseqüência a *extensão* e a *natureza*) do referido controle de admissibilidade.[3]

---

complex, well-ordered whole"] (*Interpreting Statutes - A Comparative Study* [MacCormick e Summers, eds.], p. 19). Faço, no entanto, o registro de que a peculiar constituição ontológica da norma impõe a seguinte *conclusão* (na realidade, uma *intuição*, ainda em processo de comprovação): nenhuma "descrição" genuína dela [a norma] se pode fazer, mas tão somente *reconstruções*, as quais podem ser *racionais* ou *não*. Para bem explorar este tema, escrevo um texto intitulado 'Em que consiste, realmente, a descrição de uma norma?'. Isto implica se reconhecer à noção de *reconstrução racional*, um papel muito mais significativo do que aquele que as concepções correntes estão dispostas a admitir para tal (tido como mero) "procedimento hermenêutico". Com efeito, a reconstrução racional não seria uma real *alternativa* à (mera) descrição do ordenamento jurídico, como se ficasse a depender de uma opção puramente ideológica (ainda que passível de justificação, hipoteticamente) manter-se no (supostamente existente) âmbito da mera descrição ou "ir além deste", para adentrar o plano da reconstrução racional. Assim, como me esforçarei em demonstrar, naquele escrito referido, a mera descrição do ordenamento jurídico (entendida ' descrição' no seu sentido *naïf*, adotado pelo próprio Kelsen) é algo, simplesmente, *impossível*, em virtude da peculiar ontologia das normas jurídicas. Por isso é que *reconstrução* sempre haverá. Em primeiro lugar, porque o discurso sobre as normas (ainda que admita importantes *regimes* diferenciados, do ponto de vista do ordenamento jurídico, dependendo de se tratar de um discurso *judicial*, *doutrinário* ou de outra ordem) consiste sempre de *reconstrução* (ou "resgate arqueológico") da norma e do ordenamento a partir de dados incompletos e em larga escala inconsistentes. Por isso, e em segundo lugar, a única *real alternativa* a uma reconstrução *racional* do ordenamento seria uma sua reconstrução *irracional* ou *arbitrária*, "opção" que já se aproxima de uma "contradição nos próprios termos", como bem se entende. Aliás, é mesmo o caso de se investigar até que ponto alguém *inteiramente descomprometido com a racionalidade* (= pretensão à correção) de uma reconstrução dos "fragmentos visíveis" de certo ordenamento jurídico produzirá, efetivamente, algo que "mereça" ser chamado de "reconstrução" deste ordenamento. Já não seria mera *produção caótica de um ordenamento* e (ou, pelo menos) estaria incorrendo em vício análogo (se não for idêntico) àquele cometido por quem dissesse 'É verdade que chove lá fora, mas não acredito nisto' ou 'Prometo que virei amanhã, mas não virei'?

3. Em nada se altera a relevância dogmática e a atualidade do problema do título executivo com a recente generalização do modelo processual, conhecido como "*processo sincrético*", para a tutela executiva de todas as *obrigações reconhecidas em sentenças condenatórias* (advirto que 'obrigações *reconhecidas em*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION576 576 4/10/2007 14:40:36

Entre as poucas e honrosas exceções à lamentável indiferença da doutrina nacional ao problema do título executivo estão as obras de Shimura, Zavascki e Medina, nas quais este problema é tratado com a profundidade que merece.[4] Das três obras mencionadas, tratarei apenas da contribuição de Medina.[5] Ele leva em consideração a teoria de Andolina, mas nega que ela seja *correta*, no direito brasileiro (o que, na verdade, *confirma* uma crítica mais geral de Medina a qualquer tentativa de dar um *conceito unitário de título executivo*, da qual a teoria de Andolina seria um exemplo).[6]

[objeto de] sentenças condenatórias' veicula noção extremamente complexa, cuja expressão lingüística minimamente precisa seria algo como: 'dever individual declarado existente em sentença *preparatória* [requisito legal] de *tutela executiva* [satisfação de direito subjetivo], que aparece, nesta sentença, como (a) a saturação de um dever geral ou (b) como o sentido de um *ato* {ou *ato* (b1) *praticado pelo* juiz, em raras situações, ou *ato* (b2) *reconhecido* (e/ou *declarado*) válido [= existente] por ele} de *exercício de competência normativa* [um C-ato, nos termos a serem esclarecidos]). Isto é assim, ainda que se venha a demonstrar que, no processo sincrético, não haveria lugar para o "*genuíno*" título executivo, uma vez que os pontos específicos a serem aqui tratados são pertinentes mesmo aquele mais restrito universo dos tipos normativos de título executivo, constituído pelos *títulos executivos extrajudiciais*.

4. SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. São Paulo. Saraiva. 1997. ZAVASCKI, Teoria Albino. *Título Executivo e Liquidação*, São Paulo: RT, 1999. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil – Princípios Fundamentais*. São Paulo. RT. 2002.

5. Shimura (*Título Executivo*, cit., p. 104 e ss.) adere a uma "teoria mista" do título executivo (título executivo em sentido substancial = ato; título executivo em sentido formal = documento), sem apresentar, contudo, uma refutação adequada às críticas que Andolina fez (e eu reproduzi) a tais teorias. Teori Albino Zavascki, por sua vez, conceituou o título executivo como sendo "a representação documental de norma jurídica individualizada, contendo obrigação líquida, certa e exigível, de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados, e que tem a eficácia específica de viabilizar a tutela jurisdicional executiva" (*Título Executivo e Liquidação*, p. 64.). Sustenta, portanto, entendimento substancialmente idêntico ao de Andolina. Isso porque, segundo Zavascki, o título executivo "é dotado de *eficácia típica* de autorizar a propositura da ação executiva" (ob. loc. ult. cit.) – o que corresponde tanto ao atributo da *tipicidade*, como à função específica do título, reconhecidos pela teoria de Andolina. Da mesma forma, Zavascki reconhece que "o título executivo não é prova absoluta da existência da obrigação e, sendo assim, ele autoriza a ação executiva, mas não legitima, necessariamente, os atos de execução" (ob. loc. ult. cit.), quando se sabe que a afirmação de que o título executivo *é* uma documentação sem ser prova do crédito, consiste, precisamente, na idéia central da teoria de Andolina. Finalmente, ao falar em "norma jurídica individualizada", Zavascki apenas emprega terminologia diferente, realçando a perspectiva do ordenamento jurídico, para referir-se à mesma realidade complexa designada pelas tradicionais expressões "crédito" e "direito subjetivo". É que, para ele a jurídica individualizada é o *resultado* da *incidência* da norma jurídica abstrata na realidade, isto é, da *subsunção* do *suporte fático* na previsão normativa. Uma vez demonstrado, como pretendo fazer aqui, que aquilo a que se refere Andolina como "crédito", objeto da representação documental que o título executivo é, consiste, exatamente, numa *norma jurídica individualizada*, confirma-se que Zavascki, ainda que um aparato terminológico diverso (talvez mais sofisticado e rigoroso, talvez menos parcimonioso), *reproduz a própria teoria de Andolina.*

6. 'Conceito unitário de título executivo' é expressão ambígua, admitindo duas leituras: uma *essencialista* e outra *não essencialista*. Na primeira leitura, 'conceito unitário de título executivo' expressa um *conceito essencialista de título executivo* (cuja elaboração doutrinária ou científica corresponderia a uma [seria *missão* de uma] *teoria essencialista do título executivo*). Na segunda leitura, a mesma expressão seria uma forma lingüística talvez infeliz para veicular noção mais adequadamente expressa como *entendimento que considera, por alguma razão não essencialista, que a eficácia de título executivo é atribuída (e/ou atribuível) somente a um gênero de entidades ou suportes fáticos*. Medina parece fazer um uso da expressão analisada que se assemelha mais à *leitura essencialista* referida. Neste caso, concordo plenamente

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION577 577 4/10/2007 14:40:36

No presente estudo, lançarei novos argumentos em defesa da aplicabilidade da teoria de Andolina como ferramenta de interpretação do direito positivo brasileiro – pois este foi o *uso* que dela fiz (ainda que não tivesse a compreensão que tenho hoje do que isto *significa*) e estou certo de que ele próprio assim concebe sua teoria, ou seja, como ferramenta de interpretação ou reconstrução racional do direito positivo italiano, e não uma doutrina *essencialista*.[7] Farei, portanto, uma *reafirmação* da teoria do título executivo como *representação documental do crédito líquido, certo e exigível*, valendo-me, para isto, de lições colhidas em sede de teoria do direito e recentes contribuições da filosofia, especialmente da linguagem[8]. Argumentarei que as críticas formuladas por Medina não trazem uma genuína *refutação* das idéias centrais da teoria de Andolina, por mim defendidas na *reconstrução racional* do direito positivo brasileiro.

2. A TEORIA DO TÍTULO COMO *(QUALQUER) SUPORTE FÁTICO AO QUAL A LEI ATRIBUI EFICÁCIA EXECUTIVA*

Medina desenvolve sua argumentação em torno aos seguintes pontos:

com suas críticas, às quais a teoria de Andolina são imunes, como creio que Medina concorda. A teoria de Andolina advoga, sim, um *conceito unitário do título executivo*, porém na *leitura não essencialista* da expressão: por razões não essencialistas (= dados do ordenamento positivo italiano, racionalmente reconstruídos), ele sustenta que a eficácia de título executivo é atribuída apenas a um gênero de entidades, o que ele denomina 'representações documentais típicas de crédito'.

7. Com efeito, toda a construção de Andolina pode ser sintetizada, naquilo que é relevante, neste aspecto, à passagem que ele faz da pergunta 'o que é o título executivo' para a pergunta 'para que o título executivo serve' e a resposta a esta segunda indagação é sempre dada – e não poderia ser de outra forma – pelo *direito positivo*. Isto é o que faz da teoria de Andolina uma *teoria não essencialista do título executivo*. Por uma doutrina ou teoria jurídica *essencialista* sobre determinado instituto jurídico, entendo aquela que pretende identificar a "*essência*" deste instituto, a qual existiria e seria apreensível *independentemente de qualquer referência a algum ordenamento jurídico concreto*, vale dizer, abstraindo, na compreensão do instituto, o ordenamento jurídico *do qual ele é um instituto*. Como se demonstrará, mesmo que apenas sumariamente, tais doutrinas adotam um pressuposto ontológico *falso* (ou pelo menos de difícil comprovação, hoje em dia, quando dificilmente alguém admite a existência das idéias platônicas), por ignorar o caráter convencional do Direito e de sua *realidade específica* (mesmo que por realidade especificamente jurídica uma metáfora para uma realidade extremamente complexa), identificando-a (diretamente) com a realidade natural.

8. Num tentativa de síntese, apenas para situar (aproximadamente) minhas fontes num quadro "público", indico que compartilho de muitas das idéias que constituem (bem como daquelas foram sintetizadas como premissas) da chamada '*teoria institucional do direito*', que veio a ser, independente e contemporaneamente, desenvolvida por MacCormick e Weinberger (MACCORMICK, Neil e Ota Weiberger. *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht: D. Reidel, 1986). Outros dos principais autores que me servem de referencial, além dos já mencionados, serão indicados, na medida do razoável, ao longo deste ensaio. Cito, agora, apenas três, que não me recordo ter mencionado: H. P. GRICE, R. M. HARE e J. L. AUSTIN.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION578 578 4/10/2007 14:40:36

(1) Considera que é inútil a tentativa de elaborar uma "*teoria unitária*"[9] do título executivo, no sentido de dar-lhe uma definição única, uma vez que a lei pode atribuir eficácia de título executivo a qualquer suporte fático.

(2) Em defesa de (1), chama atenção para o fato de que a lei brasileira atribui eficácia de título executivo tanto a *documentos*, os quais Medina reconhece que não provam o crédito, como também a *atos*.

(3) Como demonstração de (2), Medina adverte que o juiz também conhece da existência de *atos* quando determina a existência de título executivo, não se limitando a conhecer a mera regularidade formal do documento.[10]

(4) conclui que o título executivo é *qualquer suporte fático* a que a lei atribui a qualidade de título executivo.[11]

Como se vê, (2) é tese sustentada após e como refutação à teoria de andolina, vale dizer: a *incompatibilidade lógica* entre elas *não é acidental*. Mas o trabalho primoroso de Medina consiste, na realidade, em formular sólidos argumentos, amparados no direito positivo brasileiro, para rejeitar a própria possibilidade de

9. Devo explicitar as convenções que tentei seguir quanto ao meu uso de *aspas simples* (' ') e *aspas duplas* (""). Uso aspas simples, rigorosamente, apenas para me referir a *expressões lingüísticas*, enquanto tais, e não aos seus respectivos *sentido* (*Sinn*) e/ou *referência* (*Bedeutung*), utilizando 'sentido' e 'referência' segundo a clássica distinção de Frege [FREGE, Gottlob. 'Sobre sentido e a referência' In: *Lógica e Filosofia da Linguagem*. São Paulo: Cultrix/USP, 1978, pp. 59-86]. Já meu uso de aspas duplas é terrivelmente heteorogêneo. Não consegui diferenciar e catalogar todos eles. Chamo atenção para alguns. O primeiro é o de assinalar, *criticamente*, a falta de clareza no conceito veiculado [pelo usuário do termo ou convencionalmente a este mesmo termo associado] pela expressão aspeada. Um segundo uso é o de assinalar, autocriticamente, conceitos obscuros até para mim, sobre os quais não me senti capaz de dar o devido esclarecimento [tarefa incomparavelmente mais difícil do que a de simples desambiguação de um termo]. Um terceiro uso é quando combino os dois primeiros: o conceito é (e permanece) obscuro para mim, assim como o acho quando veiculado por outros. Finalmente, às vezes assinalo a obscuridade para depois (tentar) saneá-la. Somente o próprio *contexto* que o meu *texto*, em si mesmo, fornece, é que se poderá solucionar esta indesejável (mas inevitável) *ambigüidade*.

10. Anoto que a noção de *regularidade formal do documento*, a qual comparece em tantos argumentos que integram as mais diferentes concepções sobre o título executivo (especialmente na de Andolina, na minha e na de Medina), merece de uma maior investigação e elaboração, à luz dos dados fornecidos pelas pesquisas em ontologia social, denominada "*teoria do ato documental*", que mencionarei, brevemente, mais adiante, em rodapé, à nota (49).

11. Após uma erudita e brilhante revisão crítica da literatura relevante sobre o assunto (*Execução Civil*, cit., pp. 93-118), Medina expõe, em arremate às observações feitas naquela revisão, sua teoria do título executivo como *(qualquer) suporte fático ao qual a lei atribui eficácia executiva*, às pp. 119-120 da mesma obra, para passar a um exame *rigoroso* do direito positivo brasileiro, à luz (e em confirmação) de sua teoria. A síntese acima do pensamento de Medina sobre o título executivo, portanto, está longe de ser uma reprodução, sequer esquemática, da monumental pesquisa conduzida por ele sobre o tema – uma das mais lúcidas que cheguei a conhecer. Tratei, apenas, de expor aqueles pontos do pensamento de Medina que me pareceram suficientes para que eu delimitasse o exato ponto de divergência, entre nossas idéias, sobre o qual pretendo tratar neste ensaio.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION579 579 4/10/2007 14:40:37

se elaborar uma teoria unitária de título executivo. Não se trata apenas de afirmar que o título *é ato* ou *é fato* qualquer que a lei atribua eficácia executiva, mas demonstrar ser impossível identificar uma "*essência única*" do título executivo (a qual seria o resultado de uma (correta) "*concepção unitária do título executivo*"). Por isto é que tanto dizer que "o título executivo é qualquer suporte fático ao qual a lei atribui eficácia executiva", como dizer que "o título executivo *não é* a representação documental típica do crédito, não são mais que *corolário* da tese *cética* sobre o conceito unitário de título executivo subscrita, brilhantemente, por Medina.

Concordo inteiramente com as premissas lançadas por Mazzarella e seguidas por Medina, no sentido de não ser útil a indagação sobre qual seria "*o*" suporte fático ao qual a lei (*essencialmente*) *atribui*, ou *deva atribuir*, a eficácia executiva (o "*valer como título executivo*"), tendo em vista que a lei pode, em tese, atribuir esta eficácia a qualquer gênero de entidades, ou seja, a qualquer "*suporte fático*", na terminologia seguida por Medina.[12] Contudo, creio que, no caso específico do direito positivo brasileiro, há dados que justificam considerar, *sem fazer qualquer concessão ao "essencialismo" que Medina e eu repudiamos*, que há limitações ao que é *racionalmente lícito* à lei atribuir *eficácia executiva* (o "*valer como título executivo*").[13] Mais ainda: *o próprio texto legal de normas*

12. Isto, no meu léxico – a ser esclarecido mais adiante – pode ser dito como a *refutação preliminar* (como deveria ser, dadas as implicações metodológicas do ponto) da utilidade de qualquer exemplo daquilo que denominarei '*teoria essencialista do título executivo*', o que já implica comprometer-se a elaborar uma versão qualquer do que denominarei 'teoria do título executivo normativamente relativizada' (no nosso caso, *nomrativamente relativizada ao direito brasileiro*). Eis porque, já desde o início, há concordância *no fundamental* (que é este nível de discurso, onde epistemologia e ontologia são mais indiscerníveis) entre Medina (e Mazzarela) e eu (e Andolina). Andolina *exerceu* o entendimento que descarta uma "busca à essência perdida" do título executivo, assim como eu e Medina fizemos *o mesmo*. Se encontramos diferentes resultados, trata-se de um desacordo, em primeiro lugar, *legítimo* – porque surgido entre quem compartilha das mesmas premissas fundamentais, com as quais os dados serão "processados" – e por isso mesmo, em segundo lugar, *fecundo*, no sentido de *admitir a construção de um consenso racional pela argumentação* (precisamente porque os pontos de partida, que depois servem de critério de avaliação dos resultados, são compartilhados). Lembro que não há pior "beco sem saída" para qualquer discussão doutrinária, do que quando os envolvidos, *sem sequer perceber que seguem caminhos diferentes (vale dizer, adotam premissas ontológicas e epistemológicas diversas, mesmo que em um nível não explícito ou "ideológico"), degladiam-se pela "maior bondade" dos diferentes (e incomensuráveis) resultados que cada um produz* (v. o clássico de Genaro Carrió, 'Sobre los desacuerdos entre los juristas', agora em CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 91-128).

13. A noção de *racionalmente lícito* é baseada em outra (da qual é uma derivação), que denomino, provisoriamente, 'dever de racionalidade', que reputo quase coincidente àquela de "postulado do legislador racional". Há, no entanto, uma diferença, baseada numa intuição minha ainda não inteiramente confirmada: entendo que *pressupor o legislador racional é apenas um caso especial de pressupor racional o interlocutor, em uma situação comunicativa, e esta pressuposição – eis a diferença – é "constitutiva" (no sentido aproximado ao de "definir o que é uma prática comunicativa") tanto das práticas comunicativas em geral, como das práticas jurídicas, caso especial das primeiras*. Por isto falo de *dever*, onde outros falam de *postulado*, porque intuo (até agora não posso me arvorar a mais) que o *uso deste critério, desta*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION580 580 4/10/2007 14:40:37

que atribuem eficácia de título executivo refere-se, como aquilo a que está sendo atribuída esta eficácia, precisamente ao gênero de "coisas" ou "pedaços da realidade", que considero não ser "racionalmente lícito" atribuir a eficácia executiva, sob pena de tornar o mesmo ordenamento seriamente inconsistente e pobre.

É diante deste quadro que considero não só *útil*, mas imprescindível mesmo, que se faça uma *reconstrução racional* de tais textos para deles extrair normas *sistematicamente coerentes*. É este esforço, antes (ou *depois*?), o seu *resultado*, que denomino 'teoria do título executivo (normativamente relativizada ao direito brasileiro)'.Esta teoria, como se verá, consiste num conjunto de respostas a um conjunto pré-definido de questões.[14] Uma dessas questões, que argumentarei ser *constitutiva* de qualquer teoria (não essencialista) do título executivo, pode ser assim formulada: *qual o gênero de "suportes fáticos" ou "entidades" que é lícito, sistêmica ou racionalmente, ao legislador, atribuir a eficácia executiva?*.[15] E a resposta que darei a esta pergunta é, precisamente, o ponto de divergência entre Medina e eu: ele (e Mazzarela) responde(m) 'qualquer entidade', enquanto eu (e Andolina) respondo(emos) 'representação documental'.[16]

"pressuposição", não é algo que o intérprete de textos normativos (no mais amplo sentido de 'texto') possa "dispor", isto é, valer-se ou não. Reconheço que a natureza deste "dever" – se deôntico, anankástico ou de outro gênero ainda nem catalogado – é algo sobre o que ainda tenho mais dúvidas do que mesmo intuições. Arrisco revelar uma delas: o *ser racional*, tanto pode ser conduta (ou atividade?) objeto de um dever deôntico, como anankástico, inclusive *na mesma situação de incidência concreta* ('dever deôntico' e 'dever anankástico' são expressões de Amedeo Conte [CONTE, Amedeo G. Deontica aristotelica. In *Filosofia del Linguaggio Normativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. Vol. II., p. 446 e ss], o significado das quais esclareço muito brevemente: a primeira designa o que é *posto* por uma *regra regulativa* e a segunda designa o que é *posto* por uma espécie de regra constitutiva, nos termos a serem definidas uma e outra modalidades de regras).

14. É isto, como se percebe, o que admite a existência de teorias divergentes sobre o mesmo assunto, embora todas partam da formulação das mesmas questões como *tarefas fundamentais*.

15. Como argumentarei, o enunciado interrogativo 'o que é o título executivo?' é ambíguo, ambigüidade esta inteiramente decorrente de uma ambigüidade de que padece a expressão 'título executivo'. Veremos que uma das possibilidades de desambigüação do referido enunciado (também, como não poderia deixar de ser, decorrente de se utilizar uma das possibilidades de desambiguação de 'título executivo'), vem a ser, exatamente, a questão veiculada por 'a que gênero de coisas é atribuído a eficácia de título executivo?' (a outra possibilidade, como veremos também, consiste em 'em que consiste a eficácia de título executivo?'). Isto tudo me leva a intuir, ainda sem a devida comprovação, que uma outra maneira de dizer *o que significa* uma teoria do título executivo (normativamente relativizada ao direito brasileiro), é dizer que se trata de um esforço contínuo (pois renovado a cada caso concreto), de determinar (e/ou fornecer parâmetros aproximados para se fazer esta determinação concreta, que é como procede o jurista quando engendra as suas soluções para "tipos de casos concretos") *o que significa a expressão 'título executivo' (e outras que se revelem co-referenciais a ela), nos textos legais onde ela vier a ocorrer*. Mais ainda, intuo que, se substituirmos 'título executivo' por 'X' (ou outro signo qualquer para uma variável), o que se obterá é a *forma lógica* de qualquer teoria normativamente relativizada.

16. Observo que a *expressão lingüística mais cômoda* para expressar os resultados de uma tal investigação, uma teoria normativamente relativizada ao direito brasileiro do título executivo, termina por ser da forma lógica 'o título executivo é X', onde 'X' vem substituído por representação documental do crédito, o que

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION581 581 4/10/2007 14:40:37

Uma demonstração minimamente razoável desta nova formulação da teoria do título executivo como representação documental do crédito a ser satisfeito *in executivis*, me impõe tecer algumas considerações de ordem muito geral (e, para isso, peço a tolerância [e a fé!] dos leitores) sobre *norma jurídica*, *ato jurídico* e *fatos (e atos e objetos) institucionais*, que tomo como primeiras premissas de meu argumento.[17]

3. A NORMA JURÍDICA

Não é esta a sede para elaborar uma completa teoria do direito, nem mesmo daqueles seus capítulos que são a teoria da norma jurídica e do ato jurídico. No entanto, é imperativo indicar os elementos básicos destas grandes temáticas que serão utilizados aqui, como premissas ao tratamento do problema do título executivo.

Parto de uma distinção preliminar (de valor puramente metódico) entre *fenômeno jurídico* e *compreensão de fenômenos jurídicos*. Essa distinção é fundamental, ainda que nem sempre seja fácil, ao jurista, manter-se atento e coerente a ela, o que termina por dar lugar a freqüentes e estéreis confusões. A principal razão disso é, como se verá, que o próprio *fenômeno jurídico* é *conceitual*. Assim, os conceitos elaborados pela ciência do direito e utilizados na compreensão de *fenômenos jurídicos* são, rigorosamente, *metaconceitos* (conceitos de conceitos) ou *metarepresentações*.[18] Por exemplo, 'norma' tanto designa *fenômenos jurídicos*, como também um *conceito utilizado na compreensão de tais fenômenos jurídicos*.

Ademais, a *norma* é aqui considerada *fenômeno jurídico central*. Isto quer dizer que, na ordem lógica de explicação de todo e qualquer fenômeno jurídico há sempre uma *norma* como ponto de referência objetiva[19]. Advirto, desde logo, que deixo propositalmente em aberto saber *que fonte normativa* é envolvida

---

pode dar margem a uma interpretação essencialista de tais enunciados. Creio, no entanto, que em vista do que disse e do que estou para dizer, tais interpretações estão descartadas.

17. As outras consistirão dos dados (*rectius*: da sua *reconstrução racional*) do ordenamento brasileiro.
18. Sobre este novo campo de investigações, que acumula resultados já bastantes promissores, também para o teórico do direito, cf. SPERBER, Dan. *Metarepresentations: A Multidisciplinary Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2000; RECANATI, François. *Oratio Obliqua, Oratio Recta*. *An Essay on Metarepresentation*. MIT Press, 2000.
19. Na realidade, um *sistema normativo*, pois normas só existem em pacotes (ou redes, para utilizar uma imagem mais "contemporânea"). Em comunicação pessoal, quando discutíamos uma hipótese que eu investigava, sobre a possibilidade de se conceber cada norma como inferencialmente articulada a um conjunto de outras (ditas "implícitas" ou "derivadas"), Amedeo Conte, simpático à idéia, observou que o próprio conceito da *existência de uma única norma* lhe parecia tão absurdo, que lhe evocava o famoso *koan* da tradição *zen*, que indaga sobre *o som das palmas batidas por uma mão só*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION582 582 4/10/2007 14:40:37

neste ponto. Com isso, procuro neutralizar a estéril – nesse contexto – discussão entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*: a circunstância de serem *"naturais"* e não "*positivas*" as normas reconhecidas por este ou aquele jurista como merecedoras do qualificativo '*jurídico*' em nada interfere no caráter *intrinsecamente normativo* de todo e qualquer fenômeno (relevante) integrante da realidade jurídica.[20]

Não é necessário possuir nenhuma teoria articulada da norma jurídica para saber que normas jurídicas estão relacionadas com expressões lingüísticas (as "*palavras da lei*", na frase de Carrió[21]) e com certas autoridades, aquelas autorizadas a produzir as normas. É necessário, todavia, uma certa elaboração, por superficial que seja, para não confundir a norma jurídica nem com as palavras, nem com as autoridades (ou os seus atos) a que elas estão relacionadas.

No nível mais superficial da ontologia da norma, já se pode perceber, facilmente, que ela *não se confunde* com as palavras com as quais elas estão, de algum modo ainda indefinido, associadas. Para comprovar isto é suficiente dar-se conta de que traduzindo para o japonês o Código Civil brasileiro (*escrito em português*, embora esse fato, pela sua obviedade, reste despercebido), *não se obterá, como resultado, um Código Civil japonês*, mas sim, *o mesmo conjunto de normas, só que não mais expressas na língua portuguesa e sim na língua japonesa*. Ora, se isto é assim, fácil é compreender que a *norma* – no caso o Código Civil vigente no Brasil – é algo que:

(i) *é veiculado por expressões lingüísticas* e

(ii) *é preservado numa tradução destas expressões lingüísticas*.

Sendo este "*algo*" – repita-se: que (i) é *preservado na conversão de* uma expressão lingüística, pertencente a uma língua L1, em uma outra, pertencente a uma outra língua L2, e que é (ii) *expresso* ou *veiculado* por essa mesma expressão lingüística – aquilo que se costuma chamar o *significado* [ou *o sentido* ou a *idéia* ou, ainda, o *pensamento*] a ela *associado*, comprova-se, numa primeira "*camada*" da ontologia da norma, que ela é um *significado*. A norma, assim, *é um significado [um sentido, uma idéia, um pensamento, enfim] veiculado por ou*

20. Refiro-me a este "*caráter intrinsecamente normativo*" (sobre o qual muito se tem aprendido, com a reflexão sobre as regras constitutivas, as quais serão analisadas [creio que *quantum satis*], mais adiante) para explicitar o papel *constitutivo* de certas normas jurídicas na existência de boa parte do "*mobiliário do mundo jurídico*".

21. Aludo ao notório "Algunas palabras sobre las palabras de la ley", agora em CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, cit., pp. 133-168.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION583 583 4/10/2007 14:40:37

associado a, de uma maneira que não precisa restar, aqui, definida, expressões lingüísticas, sem com elas se confundir.[22]

Aprofundando um pouco mais esta investigação, sempre mantendo-se no que é compatível com algumas "*quase-crenças*"[23] que integram o senso comum jurídico – o horizonte fenomenológico da "*pré-compreensão*" do que seja uma

22. Permito-me fazer uma longuíssima transcrição, achada *hoje*, para encurtar *páginas* de *paráfrases*: "The particular region I have in mind might be called, not altogether satisfactorily, that of the theory of meaning; or, perhaps better, the matter of meaning. We all talk, ordinarily and readily enough, of *senses* of words, of the *meanings* of words and sentences; and of the *concepts* which words (or some words) express. We also talk of *attributes, properties, kinds* and *types*; and philosophers, at least, sometimes speak collectively of all these as *universals*, contrasting them thereby with their particular exemplifications or instances or tokens. (...) Again, we talk ordinarily and readily enough of, e.g., *What John said*, of its being believed or doubted by Peter, of Paul denying *it*; of William saying *the same thing*, though in different words; of *its* being more elegantly expressed in French by Yvette, of *its* being true (or false); and so on. On the face of it, the nounphrases and attendant pronouns here do not refer to the token words, the token sentence, which John uttered; or, indeed, to the type-sentence of which he uttered a token; or even to meaning of that sentence, since the same type-sentence, with constant and unambiguous meaning, can be used to say different things with different truth-values (as is the case with any sentence containing deictic or indexical elements). Once again, the philosophers have word for it – or several words: they may speak, with Frege, of the *thought* expressed by utterance, or of the *proposition* or *propositional content* asserted, denied, believed, surmised, true or false; or even of the *statement* made, doubted, denied, reaffirmed in different words, true or false. (..) In general, it is true of both these groups of nouns, nounphrases and attendant pronouns that the things they appear to stand for or refer to – if there are such things – are abstract objects, not natural objects. They are not found in nature. They are not locatable in space or datable in time. (..) A particular utterance or inscription of a proposition is a natural occurrence or object, an auditory phenomenon or a physical mark, but the proposition is not. Someone's thinking of a sense or meaning and someone's recognizing something as an instance of, or as exemplifying, a universal, a kind or property, are again natural occurrences, mental events that occur in nature. (...) But the sense or meaning, the property or universal themselves are not natural objects. If they are objects at all, they are objects of thought alone, not objects encounterable in nature or occurring in the natural world. Again, what a proposition is about is often a particular natural thing, what falls under a concept or exemplifies or instantiates a universal is generally a particular thing or occurrence in nature; but these relations of "falling under," "exemplifying," "instantiating," or "being about" are not relations themselves exemplified in nature, i.e. not relations between one natural thing and another. The non-natural abstracts entities I speak of – if indeed there are such things – are sometimes called "intensions" or "intensional entities." [Transcrevo esta passagem de um texto impresso encontrado em meus papéis, tendo como título '4 - The Matter of Meaning', com uma anotação manuscrita {que reconheço como minha}: 'Strawson'. Pelo teor e pelo estilo do texto transcrito *confirmo* que é de *Sir Peter F. Strawson*, mas não sei dizer de que obra. *Não é* de *Analysis of Methafisics*.]. É neste exato sentido que digo que *normas* são *significados* ["*meanings*"], *pensamentos* ["*thoughts*"] ou, mais simplesmente, *entidades intensionais*. Num estudo anterior [GUERRA, Marcelo Lima. Norma: uma entidade semântica. In *Filosofia e Constituição – Estudos em Homenagem a Raimundo Bezerra Falcão*. Org. Dimas Macedo. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004], caracterizei norma como *entidade semântica*. Devo ao lingüísta e amigo Antônio Duarte (FFB/UFC), após leitura do meu referido texto, a indagação/correção: 'Não seria entidade pragmática?'. Respondo, sem explicar muito [e me corrigindo, em parte]: *não necessariamente*! As normas *jurídicas*, *sim*, são, necessariamente, *entidades pragmáticas*. Pelo que me compeli a acrescentar o termo [e o conceito] 'entidades intensionais', num sentido *idêntico* a este que Strawson esclarece, e os dois, se me permitem, "*sub-termos*" [e os dois "*sub-conceitos*"] 'entidades [intensionais] *semânticas*' {e.g. *normas*} e 'entidades [intensionais] *pragmáticas*' {e.g. *normas jurídicas*}. Esclareço um pouco: 'entidade intensional pragmática' uso como sinônima de '*speaker's meaning*' e 'entidade intensional semântica' uso como sinônima de '*sentence meaning*'.
23. Sobre o conceito de *quase-crenças*, cf. RECANATI, François. *Can we believe what we don't understand?*. In *Mind and Language* 12, 1 (1997) 84-100.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION584 584 4/10/2007 14:40:38

norma jurídica – sabe-se que *somente algumas pessoas estão autorizadas a produzi-las*. Embora qualquer pessoa (e, de uma certa perspectiva, talvez até mesmo pessoa alguma, como um programa de computador capaz de gerar, por si só, enunciados numa língua) possa produzir expressões que veiculem normas – um jurista num acesso de euforia pode passar a recitar um novo conjunto de normas relativas à execução forçada – somente algumas pessoas, especialmente autorizadas a tanto, produzem *normas jurídicas*. Assim, num nível intermediário da ontologia da norma, já se pode concluir que a norma jurídica *não pode ser tida apenas como o mero sentido de uma expressão lingüística qualquer*, mas o sentido de expressões lingüísticas produzidas *por agentes especificamente autorizados*, ou ainda *o sentido do ato de produzir expressões lingüísticas realizado por certos agentes autorizados*. Para simplificar, é possível dizer que a norma é o *sentido de um ato normativo* e que só *agentes autorizados* podem (=estão *autorizados* a ou têm a *competência normativa* para) praticar atos normativos.

Dessa forma, detenho-me um pouco mais na noção de "*agente autorizado*", ou melhor, de *ato normativo praticado por agente autorizado*. Quem *autoriza* o *agente autorizado* a praticar o ato normativo? Não é necessário conduzir uma investigação tão aprofundada deste problema, a qual levaria àquele *"cabo das tormentas*" de toda a teoria do direito, que Kelsen tentou evitar com o conceito de *norma hipotética fundamental*. Basta saber que tal *autorização* para praticar atos normativos -–aqueles cujo *sentido* são normas jurídicas – é, ela própria, *uma norma*. Tal norma denomina-se, tradicionalmente, *norma de competência*, aqui compreendida, na esteira de Torben Spaak, como *a possibilidade hipotética atribuída normativamente a uma pessoa de causar mudanças em alguma posição normativa (de pessoas ou de bens)*.[24]

Tal conceito permite, ainda, considerar que todo ato normativo *realizado com base nela*, isto é, que *exerça a competência* (autorização legal, poder jurídico) *fixada* (constituída, atribuída) *por uma dessas normas*, é de ser compreendido como *pertencendo a uma só categoria*.[25] Daí, inclusive, a conveniência de uma

24. SPAAK, Torben. *The Concept of Legal Competence – An Essay in Conceptual Analysis*, Robert Carroll (trad.), Aldershot: Dartmouth, 1994. O mesmo autor, adota, ainda, a sugestiva expressão 'C-ato' para designar, especificamente, os atos de exercício de qualquer competência. V. próxima nota.

25. Isto não exclui a importância, nem a utilidade das mais diversas subdivisões internas. Vale registrar, inclusive, que há categorias bem elaboradas pela ciência do direito, que se enquadram, por necessidade lógica, nesta mesma categoria de atos normativos, ainda que com relação às quais nem sempre esteja claro esta "semelhança de família" existente entre ambas. É o que ocorre, por exemplo, com as categorias de "direito potestativo" e de "competência legislativa". Ambas categorias nada mais são do que sub-espécies da categoria antes identificada como "competência normativa", de modo que tanto atos de particulares como o mais típico ato estatal, com os quais são exercidos o direito potestativo e a competência legislativa, respectivamente, reúnem-se na categoria dos *C-atos*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION585 585 4/10/2007 14:40:38

terminologia adequada, para referir-se aos atos integrantes desta categoria com um *termo específico*, adotando-se aqui, pela sua simplicidade, aquele sugerido pelo próprio Torben Spaak, a saber: *C-ato*.[26] Há, portanto, normas jurídicas que se traduzem em *autorização* para outras pessoas realizarem *atos cujo sentidos são normas jurídicas*.

Continuando o discurso sobre as normas jurídicas, ainda mantendo-se dentro de um horizonte de noções bem assentadas (mesmo que algo controvertidas), tem-se como certo que *norma*, no sentido mais amplo possível (correspondente ao *mínimo* incontroverso em qualquer conceito de norma) consiste na *qualificação deôntica de uma conduta*. Adotando a perspectiva que tal noção elementar proporciona, é fácil constatar a existência de várias tipologias de norma jurídica, levando-se em consideração características próprias da *representação da conduta* que é qualificada como devida. Segundo esse critério, uma primeira e bem conhecida tipologia das normas as divide em duas classes, a saber: as *normas gerais* e as *normas individuais*.

As normas gerais são aquelas em que, na descrição da conduta qualificada como devida, o *agente* da conduta a ser realizada não é *referido diretamente*, mas corresponde a uma "*variável*", funcionando como o 'x' de uma equação matemática e indicado apenas por certos atributos gerais ('o locador', 'o contribuinte' etc.). Pode-se dizer, embora em sentido um pouco forçado, que as normas gerais são aquelas que *qualificam como devidas condutas gerais* (entendendo-se por "*conduta geral*" a representação de uma conduta, na qual não está representado um agente particular ou individual).

Já as normas individuais são aquelas em que, na descrição da conduta qualificada como devida, o agente é referido diretamente. De modo análogo ao que se fez com as normas gerais, as individuais podem ser definidas como normas que *qualificam como devida uma conduta individual* (entendendo-se aí por "*conduta individual*" a representação de uma conduta, na qual está representado uma agente particular ou individual).[27]

---

26. Ob. ult. cit.
27. Observo que a distinção que traço entre normas gerais e individuais, é exatamente simétrica àquela feita por Recanati entre "*crenças gerais*" e "*crenças particulares*" [RECANATI, François. Opacity and the Attitudes. *Knowledge, Language and Logic: Questions for Quine*, Kluwer Academic Publishers (Ed.) (2000) 367-406]. A simetria se observa na circunstância de que ambas distinções podem ser *fundidas numa mais abstrata*, formulada nos seguintes termos: distinção entre a aplicação de determinado *operador intensional – deôntico* ['*é devido*'], no caso de normas, *assertivo* ['*é verdadeiro*'], no caso de crenças – à representação de uma *classe de eventos* ou a um *evento particular*. No primeiro caso, tem-se o que eu chamaria de *entidade intensional geral* e, no segundo, uma *entidade intensional individual* [ou *particular*]. Isso traz, ainda, um importante esclarecimento do conceito de norma que adotei, como *entidade*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION586 586 4/10/2007 14:40:38

Talvez um dos traços mais distintivos do que se reconhece como um Estado de Direito – não fugindo à regra o brasileiro – seja o de que só os agentes especialmente autorizados a tanto podem praticar atos cujo sentido consistem em *normas gerais*, precisamente aquelas que o senso comum jurídica e a doutrina tradicional *reconhecem mais "confortavelmente"* como *norma jurídica*.[28] Estes agentes são, tradicionalmente, referidos pela expressão 'legislador'. No entanto, há inúmeros atos jurídicos, para a prática dos quais não se requer nenhuma autorização mais específica do que aquelas correspondentes às normas sobre *capacidade de exercício de direitos*, cujo sentido *é uma (ou algumas) norma(s) individual(is)*. Dentre esses atos, aqueles tradicionalmente conhecidos como *contratos* ou *negócios jurídicos* (mas também vários dos *atos administrativos* e dos *atos jurisdicionais*) são também eles *atos normativos* ou seja *C-atos*, o sentido dos quais vem a ser, precisamente, *normas individuais*.[29] Na mesma ordem, as normas que estabelecem a *capacidade para praticar atos jurídicos*, nada mais são do que *normas de competência muito básicas e elementares*.

Postas assim as coisas, resulta mais fácil apontar para uma equivalência fundamental: todo direito subjetivo *consiste em uma norma jurídica indivi-*

---

intensional caracterizada por um determinado operador intensional: é exatamente isto que justifica a simetria de tipologias apontada, pois normas e crenças são, igualmente, entidades intensionais, distintas, necessariamente, apenas ao nível do operador intensional ou força ilocucionária. Lembro que, para mim, *normas* são gênero do qual *normas jurídicas* são apenas uma espécie.

28. Recorde-se que a noção de *norma jurídica individual* já foi tida como uma "contradição nos próprios termos", quando vigorava absoluto o entendimento tradicional, o qual sustentava ser a "generalidade" (e a "abstração") um atributo essencial das normas jurídicas. V. próxima nota.

29. É tipicamente kelseniano um conceito tal de norma jurídica que admite, superando (com razão) a visão tradicional, a possibilidade de existência de normas jurídicas individuais integrando o ordenamento jurídico. Vale observar que o reconhecimento de normas jurídicas individuais como categoria logicamente possível de fenômenos (o que era rejeitado pelas concepções tradicionais, que viam na *abstração* e na *generalidade*, como se sabe, *atributos essenciais do próprio conceito de norma*), nada mais é do que um desdobramento lógico da chamada *teoria hierárquica ou piramidal do ordenamento jurídico*. Vale recordar que, segundo esta teoria, cada norma jurídica só é válida (o que é o mesmo que dizer, em Kelsen, "existe ao seu modo específico") se for produzida por um ato normativo conforme a [= que aplica] uma outra norma, mais geral e de escalão superior, que serve de fundamento de validade à primeira; na mesma lógica, cada norma é *aplicada* quando atos normativos conformes a suas hipóteses de incidência são praticados, produzindo outras normas, assim sucessivamente, *até chegar na norma individual, a qual se caracteriza, nesta perspectiva, justamente por ter como ato de cumprimento não mais um ato normativo (de produção de uma norma mais específica, menos geral e/ou menos abstrata), mas sim uma mera conduta concreta* (recorde-se, ainda, que a outra "excluída" da cadeia contínua descrita, ao lado das normas individuais, seria a *norma hipotética fundamental*). Kelsen é, sem dúvida, o principal responsável pela fortuna da teoria hierárquica ou piramidal do ordenamento jurídico tanto entre os juristas que lhe sucederam, como já entre seus contemporâneos. Contudo, vale mencionar o que documenta Garcia Maynez: "El desarollo de las ideas de Bierling y la creación de una teoria jerárquica de las normas, *débese al profesor vienés Adolph Merkl*. [grifei] Hans Kelsen ha incorporado a su sistema la teoria de su colega (...)" (MAYNEZ, Ernesto Garcia, *Ensayos Filosofico-Jurídicos* – 1934/1959, Xalapa: Universidad Veracruzana, 1959, p. 16).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION587 587 4/10/2007 14:40:39

dual.[30] Este o sentido da tradicional noção de que a todo direito corresponde uma obrigação. Na verdade, não é que existam "*duas coisas*" diferentes, o direito subjetivo e a "*obrigação correspondente*": esta última *é o próprio direito subjetivo, visto da perspectiva do sujeito cuja conduta que é qualificada como devida por uma norma individual*, assim como o direito subjetivo nada mais é do que essa mesma *norma individual, vista da perspectiva daquele favorecido com o dever individual em que tal norma se traduz*.

4. O ATO JURÍDICO

Nesta ordem, cumpre refletir sobre o conceito de *ato*. É também noção corrente, na mais tradicional doutrina jurídica, comprovável com o mais elementar dos "*testes fenomenólogicos*", que a noção de *ato* não se reduz à de mero evento, ou *movimento corporal*. O movimento corporal ou comportamento é um evento complexo *inteiramente redutível a pontos no continuum espaço-tempo*. Já a idéia de *ato* envolve "algo mais", algo irredutível a eventos diretamente perceptíveis. Este "*plus*" que se agrega ao movimento corporal para se ter um *ato* é o seu *sentido*, o seu *conteúdo* (mental ou intencional). O "teste fenomenológico" de que a existência deste "algo mais" é corriqueiramente aceita, é que o mesmo movimento corporal pode "significar" diferentes atos. Assim, alguém levantando o braço com o indicador apontando para o alto pode ser: (a) um *ato de pedir a palavra*; (b) um *ato de dar um lance em um leilão*; (c) um ato de votar em uma assembléia; (d) um *ato de pedir uma cerveja de uma certa marca*; (e) *nenhum ato, mas simplesmente um mero movimento corporal involuntário, causado por uma descarga elétrica não intencional*.[31]

As dimensões deste escrito impõem que se faça apenas uma indicação sobre o que seria este "algo a mais" que faz de um mero comportamento um *ato*. Trata-se de um "*estado intencional*", de um "*conteúdo volitivo*" ou de um "*pensamento*".

---

30. O presente escrito não comporta uma demonstração, sequer superficial, da correção desta eqüivalência entre direito subjetivo e norma jurídica individual, ainda que como uma "aproximação inicial ao tema", como demonstra Allorio no seu magistral e de extrema atualidade 'L'Ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale', (agora) *In* ALLORIO, Enrico. *Problemi di Diritto*, vol. I, Giuffrè: Milano, 1957, pp. 3-138. Cf., ainda, o igualmente clássico ROSS, Alf, 'Tû-Tû', *in* SCARPELLI Uberto [ed.] *Diritto e Analisi del Linguaggio*, Milano: Edizioni di Comunità, 1976, pp. 165-181; na literatura nacional mais recente, cf. as observações de CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A Estrutura Lógica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, pp. 109-122.

31. Desse modo, já se compreende porque é mais do que artificial, e chega mesmo a encerrar algum equívoco, a distinção entre *ato* e *crédito*, nos termos em que formulada por Medina, quando ele afirma que "o crédito pode existir, mas não o ato" ou "o ato pode ser provado e o crédito não". É que *provar a existência de determinado crédito* não significa outra coisa senão *provar a veracidade de uma alegação sobre a ocorrência de determinado ato, cujo sentido é, precisamente, o crédito "provado"*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION588 588 4/10/2007 14:40:39

Eis em que consiste o *significado de um ato*, segundo a assim chamada "*folk psychology*", ou seja, a (suposta) "teoria [popular] sobre a mente humana" composta pelas do *senso comum*.[32]

Estes estados intencionais – para os quais abundam as terminologias: *conteúdo*, *conteúdo de significado*, *atitude proposicional*, *representação (e metarepresentação*) – são compreendidos, com largo consenso, como sendo constituídos de dois elementos: um puramente representacional e um puramente intencional.

Por aí se vê a fácil e imediata aplicabilidade destas noções aos fenômenos jurídicos, sendo mesmo em grande parte convergentes essas idéias, colhidas na "philosophy of mind" de inspiração britânica, do século XX, à doutrina jurídica tradicional. De saída se pode dizer que a *norma*, ou melhor, *as normas gerais* são *atitudes proposicionais correspondentes ao conteúdo de atos que só certos agentes autorizados podem realizar*. Ampliando esse discurso para incluir na categoria das *normas*, também as *normas individuais*, estas normas são, igualmente, *atitudes proposicionais* correspondentes ao conteúdo de *atos de agentes autorizados*.

Na mesma linha de raciocínio, já se pode vislumbrar que a teoria da norma jurídica e a teoria do ato jurídico são quase que integralmente convergentes, sendo a segunda mais ampla do que a primeira, no seguinte sentido: se é verdade que, com as devidas especificações, *toda norma jurídica é conteúdo (atitude proposicional) de um ato jurídico*, *nem todo ato jurídico tem como conteúdo (apenas) uma norma jurídica*. Pois há os atos de cumprimento de norma, os atos de violação de normas e toda uma vasta gama de atos *em função de normas*, mas que nem as produzem, nem as cumprem, nem as violam.[33] Contudo, todos aqueles atos que a doutrina tradicional considera como "ato jurídico *stricto sensu*", ou seja, as *manifestações de vontade com efeitos autorizados por lei [não*

32. 'Folk psychology', literalmente 'psicologia do povo', é expressão que já começa a se consagrar no jargão ibero-americano desta específica linha de investigações (necessariamente multidisciplinar). Experimente digitar "folk + psychology + literatura + nacional" no Google, Altavista ou outro qualquer motor de buscas na *internet*.

33. Assim, por exemplo, o ato de uma determinada empresa consistente em optar por contruir suas instalações no Estado X, ao invés do Estado Y, em razão da legislação tributária de cada um deles, é um *agir em função de norma* (portanto, ato jurídico *lato sensu*), mas nem consiste em cumprimento nem violação de nenhuma norma. Devo a Amedeo Conte, em comunicação pessoal, a percepção da relevância desta categoria de atos jurídicos, tão negligenciada pela ciência "oficial" do direito. Para se referir não só aos atos de cumprimento a toda esta gama de atos jurídicos, Conte cunhou o termo 'nomotropismo' (fruto, na verdade, da formulação explícita e bem elaborada que faz Conte, de um conceito fragmentariamente presente em concepções e teorias jurídicas correntes). Cf. CONTE, Amedeo G. Nomotropismo: agire in funzione di regole. In *Filosofia del Linguaggio Normativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. Vol. III, pp. 893-920.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION589 589 4/10/2007 14:40:39

necessariamente através de uma "tipificação estrita"], são atos cujo *conteúdo é uma norma ou uma atitude proposicional normativa, na qual a representação de uma conduta é acompanhada com a intenção específica de que a conduta ali realizada seja cumprida (operador deôntico)*.

Este discurso é de extrema relevância no estudo do título executivo, porque, como se verá, um dos argumentos de Medina baseia-se na distinção entre crédito e ato constitutivo de crédito. À luz destes elementos será possível demonstrar, no momento oportuno, que tal distinção é artificial e, embora relevante em alguns contextos, naquele específico da elaboração de uma teoria do título executivo ela é enganadora. É que não se pode perder de vista que 'crédito' é expressão sinônima de 'direito subjetivo' e 'direito subjetivo' é expressão sinônima de 'norma individual'.[34] Portanto, *não existe direito subjetivo que não seja o conteúdo de um ato jurídico, ou seja, a atitude proposicional (integrante deste ato) que representa uma conduta individual como devida*.

5. FATOS, ATOS E OBJETOS INSTITUCIONAIS

Para completar o conjunto de noções gerais a serem utilizadas num tratamento mais rigoroso do problema do título executivo, à luz da teoria do direito contemporânea, impende introduzir, agora, os conceitos de *fatos, atos e objetos institucionais*. Também quanto a estes conceitos não se pode fazer mais do que uma exposição sumária das idéias acumuladas nas últimas décadas, em sede de filosofia da linguagem, da ação e do direito, as quais começam a ser organizadas em uma nova disciplina, a saber, a ontologia social.[35]

'Fatos (e atos e objetos) institucionais' é expressão que pertence a um léxico ainda recente, mas já incorporado pela filosofia do direito contemporânea[36], léxico

34. Na verdade, a expressão é bem mais complexa, com um longo qualificativo acrescido a 'norma individual', que não convém reproduzir agora.
35. 'Ontologia social' é expressão que designa um ramo multidisciplinar de investigação, que integra um vasto e fascinante desenvolvimento da filosofia contemporânea, que bem se poderia denominar "virada ontológica" (pois não deixa de ser uma continuação da "virada lingüística"). Trata-se de uma rica interface da ontologia (de moldes clássicos), da filosofia da linguagem, da filosofia da matemática, das ciências sociais, da medicina, das ciências da informática, entre outros. Há muita literatura específica, que já é vasta, disponível na internet. Recomendo a consulta "social + ontology" a um motor de busca da internet (é obrigatória a leitura do texto de Searle, 'Social Ontology and Political Power"). A magnitude desta "virada ontológica" pode também (e mais rapidamente) ser conferida com uma visita ao site do filósofo Barry Smith, um dos campeões da área (http://ontology.buffalo.edu/smith/).
36. Por '*léxico*' entendo um conjunto de conceitos e termos associados, construídos especificamente a um fim (puramente cognitivo ou prático); um "novo" léxico, na maior parte das vezes constituído pela simples redefinição mais atenta de certo conjunto de termos (e reconstrução de seus respectivos conceitos), abre *novas perspectivas de explicação e operação (= construção) da realidade*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION590 590 4/10/2007 14:40:39

este cujas raízes mais imediatas se encontram na filosofia da linguagem, mais precisamente na obra de John Searle. Muito embora alguns dos conceitos básicos desenvolvidos por Searle já tivessem sido utilizados antes dele, coube ao filósofo americano o importante papel de sistematizar estes conceitos e sua respectiva terminologia, desenvolvendo-os pela utilização na explicação de muitos fatos, inclusive os que já foram superficialmente mencionados, no presente trabalho.

Este léxico se assenta, portanto, na distinção adotada e difundida por Searle entre *regras constitutivas e regras regulativas,* de um lado, e entre *fatos brutos e fatos institucionais,* de outro lado.[37] A primeira delas é aquela entre *regras regulativas* e *regras constitutivas*.

37. Coube a John Searle (SEARLE, John. *Speech Acts – An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 33-42) elaborar e difundir uma importante dicotomia entre duas espécies de normas, a saber, as normas regulativas ("regulative rules") – aquelas que disciplinam comportamentos que podem ser realizados (bem como não realizados), independentemente de qualquer norma que os discipline – e as normas constitutivas ("constitutive rules") – aquelas que fixam as condições de existência dos próprios comportamentos sobre os quais elas versam. Registro que o conceito de regra constitutiva já havia sido identificado antes de Searle, assim como a própria dicotomia mencionada, muito embora tenha sido a obra de Searle o principal fator de sua ampla recepção na filosofia contemporânea; cf. CONTE, Amedeo G. Fenomeni di fenomeni. In *Filosofia del Linguaggio Normativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995. Vol. II, pp. 324-327, que aí documenta a presença de ao menos uma das modalidades de normas constitutivas, aquela que Conte chama de "regole eidetico-costitutive", em obras de Johannes K. Thomae, Edmund Husserl, Ludwig Wittgenstein e Ernst Mally; é também de Conte o documento que já em John Rawls, 'Two concepts of rules', *in The Philosophical Review*, n. 64 (1955), pp. 3-32, os dois conceitos aparecem claramente formulados ("È John Rawls, *Two Concepts of Rules*, 1955, colui che há determinato il concetto di 'regola costitutiva' per opposizione al concetto di 'regola regolativa' (sai pure senza designare questi *concetti* com quei due *termini*, d'origine kantiana, che nove anno dopo, nel 1964, Searle avrebbe introdotto" CONTE, Amedeo. Paradigmi di analisi di una regola in Wittgenstein, IN *Filosofia del Linguaggio Normativo*. Vol. II, cit., p. 273; neste mesmo estudo.); é neste mesmo ensaio (cf. o tópico 2 do ensaio referido), ademais, que Conte comprova sua hipótese historiográfica de que Wittgenstein teria sido um "teórico *ante litteram* das regras constitutivas"). Anoto, ainda, que essa distinção entre regras constitutivas e regulativas foi absorvida pela filosofia contemporânea do direito, e a categoria da *norma constitutiva* tem sido objeto de inúmeros estudos – os quais permitiram a identificação de diversas subespécies (cf. Conte, Fenomeni di fenomeni, cit., pp. 329-339; cf, ainda, MAZZARESE, Tecla. *Logica Deontica e Linguaggio Giuridico*. Padova: CEDAM, 1989, pp. 39-47, que investiga a distinção entre normas regulativas e constitutivas e as possíveis espécies dessa última categoria, também com relação às *metanormas*) – tendo se revelado muito mais eficaz, como instrumento de análise, do que, por exemplo, a mais antiga categoria da "norma técnica"). Na medida em que na obra de Searle a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais é formulada conjuntamente (uma servindo para formular a outra) com a de regras constitutivas e regulativas, foi também John Searle quem traçou os contornos atuais do conceito de *fatos institucionais*, difundindo-o amplamente na filosofia contemporânea, mesmo que a idéia subjacente ao conceito searliano não seja rigorosamente nova [é quanto está documentado, com precisão, em LORINI, Giuseppe. *Dimensioni Giuridiche dell'Istituzionale*, Padova: CEDAM, 2000]. Searle elabora o conceito de *fato institucional* em contraposição àquele de *fato bruto*. Por fatos institucionais entende aqueles fatos que *só podem acontecer, só são possíveis, graças a um conjunto de regras e convenções*. São fatos que não existem *in rerum natura*. Exemplo paradigmático são as jogadas de um jogo: nenhum movimento natural do homem pode constituir um "roque", um "xeque-mate" ou um "gol", a menos que existam regras (de xadrez e de futebol, respectivamente) que definam tais jogadas, ou *o que vale como elas*. O mesmo vale para quase todos os *atos jurídicos*: "comodatos", "casamentos", "demissões" são atos que *só podem existir e serem cometidos em função de regras que os definam*. Ao contrário, os fatos brutos são aqueles que ocorrem com total independência de qualquer regra: são os fatos naturais. Cf. John Searle

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION591 591 4/10/2007 14:40:39

As primeiras são regras que disciplinam condutas e atividades (os 'fatos brutos', da Segunda distinção) que podem ser realizadas com total independência das próprias regras. Dirigir um carro e estacioná-lo são ações que podem ser cumpridas com total independência de um sistema de regras de trânsito como aquelas que determinam onde é proibido estacionar, qual a velocidade máxima etc. Já as regras constitutivas não se limitam a disciplinar condutas: elas *tornam possível a própria existência de condutas e objetos, os quais sequer existiriam sem tais regras*, ditas, precisamente por isto, *constitutivas*.[38] Tais regras, que têm como exemplo paradigmático as regras de um jogo, são abundantes no universo jurídico (embora seja ainda recente a reflexão teórica sobre elas): aquelas que determinam os *requisitos essenciais de um ato jurídico*, as que definem certos *objetos* como *cédulas de dinheiro e moedas* etc.

A segunda distinção, estreitamente ligada à primeira, é aquela entre *fatos brutos* e *fatos institucionais*. Os *fatos brutos* são aqueles que independem de qualquer *regra* formulada pelo homem para ocorrer, como os objetos físicos à nossa volta, suas propriedades, suas transformações e suas relações (interações) causais etc. Já os *fatos institucionais* são aqueles que *só podem ocorrer*, só podem *existir* por causa de um *sistema de regras* (precisamente, as *regras constitutivas*, da primeira distinção), sistema esse que, normalmente, é também reconhecido pelo nome de '*instituição*'.[39]

Segundo Searle, toda *instituição* consiste num sistema de regras constitutivas, de tal forma que a todo fato institucional subjaz "uma (um sistema de) regra(s) da forma 'X vale como Y no contexto C'". No entanto, como demonstrarei, esta fórmula adotada por Searle é insuficiente para capturar os aspectos fundamentais dos fatos institucionais, sobretudo *do sistema de regras constitutivas que lhes é subjacente*.[40]

(ob. ult. cit., pp. 50-53). O uso dessa distinção como ferramentas conceituais tem se difundido amplamente, também na filosofia e teoria do direito, e daí para outras áreas da ciência jurídica. Cf., a respeito, e apenas a título exemplificativo, MACCORMICK, Neil e Ota Weiberger. *An Institutional Theory of Law*, cit.; RUITER, Dick W. P. *Institutional Legal Facts*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1993; LORINI, Giuseppe. *Dimensioni Giuridiche dell'Istituzionale*, cit.

38. Searle, ob. loc. cit.

39. John Searle, *Speech Acts – An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969, pp. 50-53.

40. O próprio Searle (*Speech Acts*, cit., p. 59), ao analisar a promessa, demonstra isso. Aquela que ele define como "regra da condição essencial" não pode ser considerada como sendo dotada da (ou instanciando a) fórmula 'X vale como Y no contexcto C'. No texto será demonstrado que 'Y' precisa ser *constituído* ou *definido* por outras regras e tais regras correspondem, precisamente, àquelas que Searle chama de "regras de condição essencial".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION592 592 4/10/2007 14:40:40

Nesta ordem, vale advertir que 'X vale como Y no contexto C' (ainda) não expressa regra alguma. Trata-se apenas da *forma lógica* (esquema lógico) de *sentenças que veiculam regras*. Para que se tenha uma dessas sentenças é necessário substituir as variáveis 'X', 'Y' e 'Z', da mencionada fórmula, por expressões lingüísticas (significativas, obviamente). Assim, a sentença

[1] 'A TAMPA DA GARRAFA vale como PEÃO no contexto desta PARTIDA' é dita uma *interpretação* na fórmula lógica

[2] 'X vale como Y no contexto C', interpretação esta que resulta da substituição das variáveis 'X', 'Y' e 'Z', respectivamente, por 'TAMPA DA GARRAFA', 'PEÃO' e 'PARTIDA'. Assim, estipulo os termos 'X-expressões', 'Y-expressões' e 'Z-expressões' para se referir a qualquer expressão lingüística que substitua, numa sentença que instancie (interprete, em sentido lógico) a forma lógica sob comento, respectivamente, as 'X', 'Y' e 'Z'.

Tais regras constitutivas, por razões que se tornarão plenamente claras mais adiante, denomino 'E-regras constitutivas'.[41] Insisto em advertir que a função delas é a de constituir [no sentido de *definir* ou *selecionar*] a *entidade* ou *o gênero de entidades*, a que o sistema de regras constitutivas de determinada *instituição* ou *fato institucional* atribui este *valor institucional*, nomeado por uma Y-expressão.

Ademais, advirto, ainda, que na fórmula [2] ('X vale como Y no contexto C'), tem-se que 'X' pode ser substituído tanto por uma expressão lingüística *diretamente referencial* (ou *usada como tal*), como por uma expressão lingüística *não diretamente referencial*.[42] As primeiras são aquelas utilizadas para se referir

41. Mais tarde, ficará também esclarecido que tais regras conjugam-se com outras, que denominarei 'V-regras'.

42. A dicotomia que emprego no texto entre expressões lingüísticas diretamente referenciais e expressões lingüísticas não diretamente referenciais, de uma parte, e uso atributivo e uso referencial de expressões lingüísticas, de outra, estão relacionadas a pontos extremamente controvertidos na filosofia da linguagem, temas clássicos do estudo da referência. A esta altura, é importante fazer um breve aceno ao tema da *referência*, ou seja, das diferentes maneiras através das quais nós *pensamos* e *nos comunicamos* sobre os fenômenos que constituem nossa realidade. Seja desde logo advertido, *en passant*, que adoto, mesmo sem a devida justificação, a idéia de que não existe pensamento sem linguagem, o que implicaria que só podemos pensar sobre o mundo que nos cerca através de expressões lingüísticas. Admitindo como verdadeira esta tese – que consiste num rompimento com a visão tradicional clássica sobre a mente humana e sobre a qual há grandes controvérsias ainda em andamento – é possível considerar a referência, ou seja, as diferentes maneiras através das quais nós não só nos comunicamos, mas também pensamos sobre os fenômenos da nossa realidade, como uma prática lingüística. Com efeito, analisando a linguagem e nossas práticas lingüísticas, foram identificadas duas maneiras fundamentais pelas quais podemos nos referir a eventos: a referência direta e a referência indireta. Na realidade, apesar de casos de fronteira, há mesmo tipos de palavras cuja "função ou uso original" é a de servir para nos referirmos diretamente a

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION593 593 4/10/2007 14:40:40

diretamente a um determinado objeto ou fenômeno (nomes próprios: 'Sócrates', 'Frege'; pronomes demonstrativos: 'isto', 'aquilo'; descrições definidas utilizadas referencialmente: 'O aluno', para se referir diretamente a uma pessoa específica e não para se referir a quem quer que tenha a propriedade de ser aluno, o que representaria caso de *uso atributivo* da descrição definida 'O aluno'), enquanto que as segundas são utilizadas para se referir *indiretamente* a objetos, se e na medida em que eles possuam a característica ou atributo que constitui o *conceito* veiculado por tais expressões.[43]

De qualquer maneira, para que uma E-regra constitutiva qualquer não seja *vazia* – e, portanto, inservível para a constituição de fatos institucionais – a expressão que ocupa o lugar de 'X' (a X-expressão) *deve ter uma referência*, ou seja, *deve existir o objeto ou evento referido, direta ou indiretamente, pela respectiva expressão*. Em outras palavras, uma E-regra constitutiva do tipo 'Unicórnios valem como Y no contexto C' seria vazia e inservível, para os fins indi-

algo, e outros tipos que servem, "originalmente", para nos referirmos indiretamente a fenômenos. Assim, nomes próprios, pronomes demonstrativos e indexicais são expressões ditas "diretamente referenciais": sua função é a de nos permitir referir diretamente a determinado evento ou fenômeno em particular. Já os predicados, de um modo geral, são expressões lingüísticas com as quais nos referimos não a fenômenos ou eventos específicos, mas a categorias de fenômenos, portanto, nos referimos indiretamente a fenômenos específicos. Isto quer dizer que, ao utilizarmos tais expressões, estamos nos referindo a um fenômeno específico se, e somente se, tal fenômeno subsumir-se a um conceito. Vale advertir, todavia, que as pesquisas em filosofia da linguagem revelaram que há uma categoria de expressões lingüísticas – as "descrições definidas" o frases do tipo 'o F', tais como 'o livro', 'o Rei atual da França', inicialmente concebidas por Bertand Russel como expressões diretamente referenciais – que tanto é podem ser utilizadas, efetivamente para se referir diretamente a um fenômeno ou evento específico, como também, em contextos específicos, como autênticos predicados. Trata-se da distinção introduzida por Keith Donellan, em seu famoso e tão discutido ensaio sobre o assunto (DONNELLAN, Keith, Reference and Definite Descriptions, in Philosophical Review, 75 (1966): 281-304), entre o uso atributivo (descrições definidas usadas como predicados, para referirmo-nos indiretamente a fenômenos) e o uso referencial de descrições definidas (usadas, efetivamente, como "nomes próprios em sentido lógico", para referirmo-nos diretamente a fenômenos singulares). Cf., sobre este vasto campo de estudos que se tornou o da *referência* são obras de consulta obrigatória, pelo menos, as seguintes: EVANS, Gareth. The Varieties of Reference, John McDowell [ed.]. Oxford: Clarendon Press, 1982; BACH, Kent. Thought and Reference. Oxford: Clarendon Press. 1987; RECANATI, François. Direct Reference – From Language to Thought. Oxford: Blackwell. 1993.

43. No universo jurídico, é bastante rara a existência de regras constitutivas que atribuem valor institucional a *algo*, que é identificado, na própria regra, de modo *individualizado*, justamente, pelo uso de uma *expressão diretamente referencial*. Um exemplo claro, no entanto, de uma norma jurídica exemplificando tal espécie de regras constitutivas [as quais eu denomino 'E-regras constitutivas *referenciais*', em contraposição às outras, denominadas 'E-regras constitutivas *atributivas*'], é aquela veiculada pelo art. Da Cf, segundo o qual 'Brasília é a capital do Brasil'. A estratégia que se emprega mais freqüentemente, no universo jurídico, para a definição das *entidades* [concretas ou abstratas] às quais atribuir determinado valor institucional [jurídico] é a identificação *indireta* destas entidades, pela construção de *tipos* ("*types*"), no sentido de conjunto de atributos, e pela atribuição do valor institucional em questão a *toda e qualquer entidade concreta ("tokens") que instancia o mencionado tipo, por portar os atributos dele constitutivos*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION594 594 4/10/2007 14:40:40

cados. É neste sentido que afirmo que uma X -expressão *deve* se referir a *algo*, precisamente aquilo ao qual é atribuído o *"valer como Y*" ou o "*valor Y*".[44]

Aqui, começa a se revelar, com mais clareza, a insuficiência das E-regras constitutivas [com a forma lógica 'X vale como Y no contexto C'] para dar conta dos complexos fenômenos designados pela expressão 'fatos institucionais'.[45] *Valores institucionais* são, no mais abstrato nível de discurso sobre eles, *possibilidades de ser*, aí incluído, *fazer, transformar a posição normativa de outrem, corresponder a uma propriedade natural ou institucional, etc*. Tais possibilidades, obviamente, não existem *in rerum natura*, presumo.[46] Logo, para existirem elas carecem de *algo* – que chamaria de "*constituição humana*", se não fosse uma expressão tão idiossincrática – *algo* este que, à falta de expressão melhor, digo consistir em um outro *conjunto de regras constitutivas, sem as quais, tais possibilidades mesmas, sequer existiriam*.

Por simplicidade (mas também creio que o nível de abstração do discurso acima permite-me a tanto), adoto para tais *regras constitutivas das possibilidades de ser, em que se traduz um determinado valor institucional*,[47] a forma lógica 'Se Y então Z'. Denomino, ainda, tais regras constitutivas de V-regras constitutivas.[48]

Esta dicotomia de regras que são ditas *constitutivas* dos chamados *fatos institucionais* é bem visível nas regras de um jogo. Parte de tais regras de jogo é destinada à função de *definir quais são os personagens* ou *participantes do jogo* (são, portanto, E-regras constitutivas), ou melhor, de *trazer para dentro do jogo o que está fora dele*. Estas são regas do tipo 'X vale como Y'. A outra parte das regras de um jogo é destinada à função de *definir "o que são", pela determinação "do que fazem" (= "do que estão autorizados a fazer"), os personagens* ou *participantes do jogo* (regras de constituição dinâmica). Estas são as regras do

44. O mesmo se diga, embora seja um dado de pouca relevância, quanto às C-expressões.
45. Bem como, ainda se verá, a simples expressão 'fatos institucionais' é insuficiente, sendo necessário duplicá-la em 'fato institucional-valor' e 'fato institucional-entidade'.
46. Pelo menos, esta deverá ser aceita como uma "*pressuposição não demonstrada*", por quem não se achar, ao menos intuitivamente, como eu, simpático a ela.
47. Valor este que, recordo, atribuído a um substrato empírico, selecionado segundo E-regras constitutivas, qualifica este substrato como determinado "fato institucional", em um dos sentidos desta ambígua expressão.
48. Aqui, nem é relevante tomar partido quanto à questão de saber se as regras com estrutura 'X vale como Y' e as regras com a estrutura 'Se Y, então Z' são, de fato, conjuntos distintos de regras, ou *partes distintas de uma só estrutura mais complexa*, do tipo 'Se X, então Z'. Tendo em vista a complexidade que esses agregados de regras constitutivas apresentam, na vida social, é conveniente, em nome da clareza, *considerar* como sendo distintas tais regras, sendo inofensivo que, eventualmente, uma pesquisa mais aprofundada revele que, rigorosamente, isto que é tido como sendo dois conjuntos de regras distintas são apenas dois conjuntos de elementos associados de regras complexas.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION595 595 4/10/2007 14:40:40

tipo 'Se Y, então Z', ou melhor, 'Y *pode [tem a competência, a possibilidade hipotética] fazer* Z', ou seja, as V-regras constitutivas.

Nesta ordem, está preparado o terreno para formular uma indagação esclarecedora: *a que se referem as expressões lingüísticas que podem substituir 'Y' numa regra constitutiva que instancie a fórmula 'X vale como Y no contexto C'*? Como se viu, tais Y-expressões *nomeiam* aquilo que se reconhece como um *fato (ato ou objeto) institucional*. Mas esta resposta é insuficiente, pois ainda cabe perguntar *o que nomeia uma expressão que nomeia um fato institucional*? Isto, um fato institucional, *existe*? De que ele *é feito*? Nem adianta tentar responder afirmando que uma Y-expressão nomeia o *valor atribuído a X* (insista-se, pela clareza, *aos objetos referidos por X-expressões*). A questão persiste: em que *consiste* tal "valor"? Ele *existe*? De que ele *é feito*?

Creio ser possível dar, agora, uma passo fundamental para tentar responder a esta indagação, reunindo alguns pontos já firmados. Da análise das E-regras, recordo que as X-expressões se referem, direta ou indiretamente, a entidades, que me seja desculpado o quase pleonasmo, *existentes*. A estas entidades é que se atribui o *valor institucional Y*, supostamente nomeado pela Y-expressão de regras da forma 'X vale como Y...'.

Por outro lado, da análise das V-regras constitutivas, recordo que as Z-expressões se referem, precisamente, ao que melhor se candidata como "*substância*" deste "*valor institucional*", ou seja, as mencionadas *possibilidades de ser*. Que sobraria, então, como referência de Y-expressões?

Nada, na linha da clássica resposta de Alf Ross. O valor institucional constituído pelas V-regras constitutivas, consistente nas *possibilidades de ser*, as quais são referidas pelas Z-expressões, é atribuído diretamente às entidades selecionadas por E-regras constitutivas e referidas pelas X-expressões. As Y-expressões são, em princípio, apenas ferramentas lingüísticas para *imputar* o valor institucional constituído por V-regras constitutivas 'as *entidades* indicadas ou definidas por E-regras constitutivas.

Observo, no entanto, um fenômeno curioso das expressões normalmente utilizadas nomear fatos institucionais, as quais vem a ser aqueles que *instanciam* Y-expressões. Com a ajuda do léxico até agora desenvolvido será possível demonstrar que *todas essas Y-expressões, nomes de [daquilo, o que quer que seja, que é denominado, atualmente, 'fatos institucionais'] fatos institucionais, padecem da seguinte ambigüidade*:

Todas as Y-expressões são, na realidade, *nomes próprios* de [algo que seria, supostamente, "único" ou dotado de "identidade"] *fatos institucionais*. É o acredito

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION596 596 4/10/2007 14:40:41

restar comprovado pela circunstância de que todas essas expressões podem, corretamente, substituir 'Y', nas afirmações [verdadeiras] da forma 'Y é um fato institucional'.

Isto, contudo, é uma fonte de sérios equívocos, o que qualifica 'fatos institucionais' como uma "expressão sistematicamente enganadora" [embora não no exato sentido ryleano]. ´Fato institucional' – e, por conseqüência lógica, todas as 'Y-expressões' – padecem de uma séria ambigüidade: são expressões empregadas para [o usuário] se referir:

a) ora a determinado *valor institucional*, em si mesmo considerado [conjunto de possibilidades de ser];

b) ora uma entidade particular [concreta ou abstrata] *tomada como portadora de determinado valor institucional*;

c) ora ao conjunto articulado das *V-regras constitutivas* de determinado *valor institucional*, das E-regras constitutivas da determinação das *entidades a serem tidas portadoras deste valor*, assim como dos fatos, atos e eventos que incorporam este valor, bem como dão concreção a ele [a realização das possibilidades de ser mencionadas], conjunto que é, também, denominado pela igualmente ambígua 'instituição'.[49]

Dessa forma, para eliminar a ambigüidade e manter-se advertido desta complexidade dos fenômenos a que Searle se referiu indiscriminadamente com a expressão 'fatos institucionais', é oportuno introduzir a seguinte terminologia:

a) com a expressão 'V-fato institucional' [que se replica em 'V-Y-expressão'] designo o *valor institucional, que regras do tipo 'Se Y, então Z' [V-regras constitutivas] definem e que regras do tipo 'X vale como Y' atribuem a certas entidades [E-regras constitutivas]*;

b) com a expressão 'E-fato institucional' designa-se a *entidade concreta, dotada de coordenadas espaciais e/ou temporais próprias já tomadas como "portadoras" do valor institucional Y, segundo regras do tipo 'X vale como Y'*.

49. Paradoxalmente, observo que esta mesma ambigüidade se revela, numa outra perspectiva, extremamente *virtuosa*, o que confere, como se verá, uma importante função às vazias e ambíguas 'Y-expressões'. Parece-me que Y-expressões, embora vazias, no sentido rossiano adotado acima, tem a função de conferir uma certa *individualidade* ou *identidade* a sistemas de regras constitutivas, possibilitando, assim, algo inédito, no nível do próprio sistema institucional considerado: que tais sistemas se tornem, por serem facilmente "acessíveis" através de uma vazia 'Y-expressão', *elementos de outros sistemas institucionais mais complexos, processo que pode [e arrisco dizer que, de fato, ocorre] infinitamente*, o que seria, inclusive, uma forte "*marca do humano*".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION597 597 4/10/2007 14:40:41

c) com a expressão 'I-fato institucional' designo o complexo conjunto de V-regras, E-regras, existência de E-fato institucional determinado e exercício das possibilidades de ser em que consiste o V-fato institucional.

A eliminação desta ambigüidade é, ainda, deveras importante para *revelar* e *eliminar* outra ambigüidade, igualmente relevante, neste contexto. A ambigüidade de 'fato institucional' [e, portanto, todas as 'Y-expressões'] talvez estimule a confusão de idéias acerca dos múltiplos sentidos que 'inexistência de fato institucional' pode veicular, em função, precisamente, das diversas possibilidades de desambiguação já vistas para 'fato institucional'].

Com efeito, há situações bem distintas em que se diz que o 'fato institucional Y não existe'. Uma é quando *não existe o V-fato institucional*, ou seja, não há nenhuma regra constitutiva *estipulando um determinado valor institucional para Y*. Outra situação é aquela em que *não existe o E-fato institucional*, ou seja, *a entidade portadora de determinado valor institucional*. Esta situação, por sua vez, desdobra-se em duas outras:

a) ão há a entidade referida, em uma regra constitutiva do tipo 'X vale como Y', pela respectiva 'X-expressão';

b) a entidade *apresentada* como correspondendo àquela referida por uma X-expressão, numa regra do tipo 'X vale como Y', *não se enquadra ao modelo correspondente a esta X-expressão*.[50]

Um exemplo poderá esclarecer este ponto: *dinheiro* é, reconhecidamente, um fato institucional, posto que só existe na medida em que exista um sistema de regras constitutivas que definam:

50. Registro uma tese que procuro desenvolver, com base nestas idéias sobre fatos institucionais, a qual se torna mais visível com o vocabulário introduzido: não existe diferença ontológica entre os fenômenos referidos pelo *uso padrão* de expressões como 'ato jurídico nulo', 'ato jurídico anulável' e 'ato jurídico inexistente'. Todos estes *fenômenos jurídicos* pertencem ao mesmo *gênero*, a saber, *não correspondência entre determinado substrato empírico apresentado como "valendo como" um E-ato jurídico e o tipo normativo utilizado para definir o gênero de substratos ao qual se atribui o V-ato jurídico*. Trata-se, portanto, de situações onde se verifica a *não existência institucional de algo como ato jurídico* ou, mais simplesmente, *inexistência de ato jurídico*. O que há – e é mais do razoável que exista, quando se pensa em *instituições* como *artefatos culturais criados pela humanidade* [pois *artefatos* são para serem *utilizados*] e nos diferentes problemas que o *uso de fatos institucionais como atos jurídicos*, a situação desenhada acima pode desencadear, é uma diferença de *tratamento deôntico* ou *normativo* a dar a situações pertencentes a um mesmo tipo. Com efeito, a mesma situação de desconformidade de um ato com um modelo legal constitutivo [inexistência daquele ato *como aquele tipo de ato, cuja possibilidade de existência é constituída pelo modelo*] admite tratamentos diferenciados em função da maior ou menor "tolerância" ou "boa vontade" do ordenamento jurídico para com o desvio. Registro, ainda, que a diversidade de tratamento é de ser *decidida em função dos valores implicados com as soluções que variarem num espectro que vai da tolerância total [irregularidade] à tolerância zero [inexistência]*, e nunca com base em uma suposta "*constatação*" do diferente *tipo de fenômeno*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION598 598 4/10/2007 14:40:41

a) *o que vale como dinheiro* (regras do tipo 'X vale como Y' ou "regras constitutivas estáticas") e

b) *qual é o "valor-dinheiro"* (regras do tipo 'Se Y, então Z' ou "regras constitutivas dinâmicas").

Desta forma, quando diz

[3] 'Não existe a cédula de R$30,00' está-se afirmando a *não existência de uma V-cédula* ou de um determinado "valor institucional de cédula". Já quando se diz

[4] 'Você não tem dinheiro' seja numa situação em que não há nenhum objeto na sua carteira, seja porque aqueles que lá estão não correspondem a um determinado modelo, está-se afirmando a *não existência de uma E-cédula,* ou seja, a não existência de um objeto com valor de dinheiro.

6. *GRAMÁTICA* DE 'REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DA EXECUÇÃO'

Finalmente, cumpre determinar o que é *racionalmente possível* à lei qualificar como sendo um *requisito de admissibilidade* do processo de execução. Isso quer dizer, antes de saber *quais são* os requisitos de admissibilidade da execução forçada, e até para melhor conduzir uma tal investigação, é fundamental ter uma idéia razoavelmente clara e pré-estabelecida sobre *o que significa "algo ser requisito de admissibilidade da execução"*. É este tipo de indagação que Wittgenstein denominou de "gramática", ou de determinação da "gramática de um dado termo".[51]

Ora, tendo em vista que a *admissibilidade* da instauração de um processo *deve ser aferida pelo juiz antes de determinar a citação do devedor* (já que este é citado para satisfazer o crédito ou *suportar os atos executivos*), é certo que há um limite imposto pela *racionalidade* ao que é lícito (*racionalmente*, repita-se) que a lei eleja como *requisito* do processo de execução. Com efeito, para "*algo*"

51. Como esclarece Marie McGinn, "Wittgenstein describes a grammatical investigation as one in which 'we remind ourselves...of the *kind of statement* that we make about phenomena'(*PI* 90) [é já convencional, na literatura, esta forma de referência à obra *Philosophical Investigation* de Wittgenstein, onde se indica não as páginas, mas o *parágrafo*]. This should not be taken to express na interest simply in what constitutes a syntactically well-formed sentence; Wittgenstein's use of the concept of 'grammar' is, to this extent, different from the traditional one. His use of the concept of 'grammar' relates, not to language considered as a system of signs, but to our *use* of words, to the structure of our *practice of using* language' (McGINN, Marie, *Wittgenstein and the Philosophical Investigations*, London: Routledge, 1997, p. 14).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION599 599 4/10/2007 14:40:41

ser qualificado pela lei como *requisito* da execução, este "algo" *deve ser entidade que se faça presente ao juiz no próprio momento em que a ação executiva é proposta*, ou melhor, no momento mesmo em que o juiz realiza o *controle de admissibilidade da execução*. Qualquer coisa que não atenda a este critério, por não estar *presente diretamente ao juiz*, só pode ser conhecida por ele de modo *indireto*, ou seja, *através da demonstração da veracidade de uma alegação de existência (anterior, distante do juiz no tempo e no espaço) desta "coisa"*.

Isso quer dizer que, em termos práticos, pouco importa que a lei, ao estipular as hipóteses legais de título executivo, faça referência textual a "*algo não presentável*" ou "exibível",[52] mas que mantivesse alguma relação com alguma outra coisa que "presentável" (exibível) fosse. Numa reconstrução racional do ordenamento jurídico, seria imperativo considerar como *requisito* esta outra coisa referida, ainda que não textualmente referida. Esta, como se verá, é uma circunstância *decisiva* na aquilatação da teoria do título aqui defendida.

7. O QUE É UMA TEORIA DO TÍTULO EXECUTIVO?

O primeiro passo para esclarecer em que termos, precisamente, re-afirmarei que o *título executivo é uma representação documental típica de crédito*, é indagar: *o que é uma teoria do título executivo*?. Uma teoria do título executivo pode ser, do ponto de vista metódico-ontológico:

a) uma teoria essencialista ou

b) uma teoria normativamente relativizada.

Uma teoria essencialista, como já se mencionou, procura dizer o que é o título executivo (identificar a sua "essência"), *qualquer que seja o ordenamento jurídico*. Pressupõe, num plano metódico, que *títulos executivos* sejam entidades que possam ser concebidas e compreendidas *sem se fazer referência a qualquer ordenamento jurídico*, de modo análogo às entidades do mundo empírico, as quais existem independentemente de qualquer sistema de compreensão humana acerca delas.

Já uma teoria normativamente relativizada limita-se a pretender dizer o que é o título executivo *no direito brasileiro*, ou melhor, a esclarecer o que *se deve entender por 'título executivo', de modo a dar um sentido*

52. Tinha razão Carnelutti quando associava o título executivo a um *bilhete de ingresso*. Isto fica mais evidente, quando se pensa que o convite para uma festa privada costuma ser chamado, hoje em dia, "exibível". O título (em sentido concreto) *deve ser* algo *exibível*, deve ser "um exibível", portanto.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION600 600 4/10/2007 14:40:42

sistemático a um grupo de normas (as que tratam sobre o título executivo), na perspectiva do agrupamento maior ao qual este grupo pertence, isto é, o ordenamento brasileiro. [53] Uma teoria deste desenho pressupõe que os institutos jurídicos têm uma ontologia própria, na medida em que *só existem como fragmentos de um ordenamento jurídico, compreendido tanto no plano estático (as normas que o compõem), como no plano dinâmico (os comportamentos nomotrópicos que também o compõem)*. Assim, mesmo quando tenham caraterísticas e até nomes semelhantes, por pertencerem a ordenamentos que compartilham de uma mesma tradição histórica e cultural (p. ex. os ordenamentos dos Estados europeus), os institutos jurídicos *são o que são por convenção, ou seja, por opções que constituem cada um ordenamento individual*.[54]

No presente trabalho já está descartada a utilidade de uma teoria essencialista do título executivo, em face do "comprometimento ontológico" que declarei fazer. Aliás, a teoria de Medina está longe de ser uma teoria essencialista, tendo o próprio Medina argumentado com muita profundidade, ainda que sem usar a terminologia que emprego aqui, contra o valor daquilo que aqui chamo de "teoria essencialista". Passo a esclarecer, com mais precisão e na perspectiva de suas *tarefas*, o que é uma teoria normativamente relativizada (ao direito brasileiro) do título executivo.

No plano fenomenológico, há alguns dados fundamentais (como são aqueles deste plano) que devem ser levados na devida conta:

a) a existência concreta de um título executivo tem conseqüências impostas por lei;

b) essas conseqüências são imputadas pela lei para o caso de certas "coisas" venham a se subsumir em modelos também normativamente fixados;

---

53. Uma *teoria normativamente relativizada,* em geral, consiste num conjunto daqueles que Wróblewski chamou de "enunciados sistematicamente relativizados" (*systemically relativized statements*), isto é, enunciados com os quais se formula uma afirmação *relativa* a (ou *válida* no contexto de) um determinado ordenamento (axiológico ou normativo, na análise de Wróblewski). Como esclarece o mestre polonês: "In the legal, ethical and political discourse we have to do with statements referring to some axiological or normative systems. These statements are expressed in the formulas such as "x is v-valuable according to the axiological system AS" and "ought to be x according to the normative system NS" where x stands for the evaluated object or the regulated behaviour" (WRÓBLEWSKI, Jerzy, 'Systemically relativized statements', *Logique et Analyse*, v. 81 (1978), p. 67.

54. Advirta-se que esta visão, fortemente inspirada na ontologia jurídica de inspiração neo-institucionalista, não é incompatível com idéias que (a) reconhecem a existência de valores universais que "integram", necessariamente, todos os ordenamentos jurídicos, por serem eles, ao fim e ao cabo, "artefatos humanos e para uso social humano"; nem (b) uma tendência universalizante de certos valores que integram os ordenamentos jurídicos, como os que correspondem a direitos fundamentais.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION601 601 4/10/2007 14:40:42

c) cabe ao juiz verificar a existência de título executivo antes de "deferir" a execução, sendo este o *significado prático* de ser o título executivo *requisito específico de admissibilidade da execução*.

Tendo em vista estes dados iniciais, já se pode dizer qual é a missão de uma teoria não essencialista ou normativamente relativizada ao direito brasileiro do título executivo. Uma teoria do título executivo assim desenhada é uma tentativa de reconstrução racional do ordenamento processual brasileiro, destinada a definir:

(1) qual é o "valor-título executivo" atibuído por lei a certas entidades;

(2) qual é o gênero de entidades ("suporte fático") ao qual a lei atribui o "valor-título executivo";

(3) em que consiste o "controle jurisdicional de existência do título executivo".

Com base nesta explicitação do "significado" de uma teoria qualquer (não essencialista) de título executivo, ou seja, dos pontos a serem necessariamente enfrentados por uma tal teoria, resulta claro e visível exatamente *onde* se situa a controvérsia entre as diferentes teorias disponíveis em doutrina. Com efeito, não há discenso no que diz com o ponto *sub (1)*: de Carnelutti a Medina, passando por Liebman, Chiovenda e Andolina, todos concordam, desconsideradas "idiossincrasias terminológicas" (e até conceituais) de menor importância, em que consiste o "valor-título executivo" ou a "eficácia de título executivo", numa terminologia mais ao gosto da doutrina processual. Todos concordam que a existência do título executivo é condição *sine qua non* (ao menos *necessária*, podendo existir controvérsia se também seria condição *suficiente*) para o *início da execução*, com a qual fica o devedor (*rectius*: seu patrimônio, salvo casos especiais) *sujeito* à execução, sendo ainda o título executivo que fornecerá os parâmetros e limites dentro dos quais o juiz exercerá o seu *poder* de determinar os atos executivos.

O ponto de controvérsia entre as diversas teorias concorrentes de título executivo diz respeito à questão *sub (2)*, ou seja, sobre qual seria (e se é que existiria um só) *o gênero de entidades*, ao qual a lei atribui a eficácia de título executivo. Ademais, as questões *sub* (2) e (3) estão de tal modo *logicamente conectadas*, que a solução de (2) *determina a solução de (3)*.[55] Dito de outro modo, uma vez

55. Chamo atenção para o seguinte: uma maneira de descrever a contribuição genial de Andolina, foi ele ter utilizado, como perspectiva metódica, a *inversão* da ordem das questões indicadas, demonstrando que, na medida em que existem dados seguros sobre a solução do ponto *sub (3)*, esta solução determina a solução da questão relativa ao ponto *sub (2)*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION602 602 4/10/2007 14:40:42

estabelecidos, através de uma reconstrução racional do direito positivo, os limites normativos impostos à atuação do juiz no controle da existência do título executivo, tais limites exercem uma forte "*pressão racional*" sobre o que é *coerente com o sistema*, considerar como sendo o *gênero de entidades* ao qual a lei atribui a eficácia de título executivo. As premissas fixadas sobre o assunto permitirão demonstrar, ou melhor, *reafirmar a viabilidade do emprego desta estratégia em defesa da utilidade da teoria de Andolina também no direito brasileiro*.

8. TÍTULO EXECUTIVO COMO *FATO INSTITUCIONAL* E A CONFIRMAÇÃO DA UTILIDADE DA TEORIA DE ANDOLINA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO BRASILEIRO

O ponto fundamental desta estratégia da defesa da teoria do título como representação documental é o de compreender a *institucionalidade do título executivo*. De fato, cumpre analisar o título, inicialmente, à luz do léxico desenvolvido sobre *fatos institucionais* e enxergá-lo como sendo, ele também, um *fato institucional*, no duplo sentido já firmado.

Mesmo com apenas as ligeiras noções expostas sobre fatos institucionais, já se percebe inquestionável a *institucionalidade* (ou *convencionalidade*) inerente ao título executivo. Não existem "títulos executivos *in rerum natura*": *é título executivo apenas o que a lei – e só ela – diz (convenciona, constitui) que o seja*. Isso, inclusive, é ponto muito bem explorado e compreendido, embora com outro aparato conceitual, por Andolina, ao insistir na *tipicidade* do título executivo.

Para compreender mais claramente este caráter institucional do título e perceber as nuanças de sua disciplina mantidas na obscuridade pela falta de uma terminologia mais precisa, convém analisar os diversos fenômenos jurídicos indistintamente referidos pela (*rectius*: com o *uso* da) expressão 'título executivo', com o léxico desenvolvido na compreensão dos fatos institucionais. Para tanto, adoto a estratégia de observar o "*comportamento*" do enunciado interrogativo 'quando existe um título executivo?,' isto é, os diferentes *sentidos* que ele adquire, nos contextos diversos de dois diálogos imaginários, na medida em que com o uso deste único enunciado interrogativo, se pode obter respostas igualmente "*lícitas*", porém diferentes. Com isso demonstrarei que, na realidade, 'título executivo' é ambígua e, por conseqüência, ambíguo também é o enunciado composto com tal expressão; exatamente por isso é que com o uso do mesmo enunciado, pode-se obter respostas diferentes: com o mesmo enunciado *duas interrogações diferentes são formuladas*.

Sejam comparados os seguintes diálogos:

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION603 603 4/10/2007 14:40:42

[1a] – Quando existe o título executivo?

[1b] – Quando a lei assim prevê ou estipula.

[2a] – Quando existe o título executivo?

[2b] – Quando aquilo que é apresentado como título executivo enquadra-se em uma das hipóteses legais de título executivo.

Tanto [1b] como [2b] são respostas corretas e claras às indagações formuladas com o mesmo enunciado ([1a] e [2a]). Como se explica que se obtenha respostas tão distintas nesse caso? É que [1b] e [2b] são respostas a *indagações distintas*. E a diferença reside, precisamente, nos diferentes e inconfundíveis *sentidos* ou *conceitos* associados, em cada caso, à mesma expressão, 'título executivo'. Com efeito, "aquilo que existe quando existe uma previsão legal" nada mais é do que um *tipo legal*, um *valor que só existe se e na medida em que constituído por normas*. Já "aquilo que existe quando algo *apresentado como correspondendo* a um tipo normativo, efetivamente *corresponde* a este mesmo tipo normativo" é uma *entidade enquanto portadora deste valor normativamente constituído*.

Por aí se percebe claramente a utilidade de qualificar o título executivo como *fato institucional*, no duplo sentido já fixado. Com efeito, com a expressão 'título executivo' – assim como com qualquer expressão que nomeia um fato institucional – tanto se designa o *valor institucional constituído por normas e a ser atribuído a certas entidades*, como também *às próprias entidades já qualificadas como portadoras deste valor institucional*. No primeiro caso, seguindo a terminologia já introduzida quanto aos fatos institucionais, tem-se o *V-título executivo*, ou seja, o *título executivo enquanto mero tipo legal, enquanto o "valor-de-título-executivo", constituído por normas do tipo 'Se Y então Z' e atribuído a certas entidades por normas do tipo 'X vale como Y'*. Este é o uso de 'título executivo' no enunciado 'Existe um título executivo quando assim dispõe uma norma jurídica'. No segundo caso, tem-se o "E-título executivo", ou seja, *a entidade concreta valendo como título executivo ou portadora do 'V-título executivo', por corresponder ao modelo representado pela 'X-expressão' de uma regra do tipo 'X vale como Y'*.

Um exemplo que esclarece a primeira situação pode ser visto quando, no contexto da legislação processual anterior à reforma de 1994, se afirmava, corretamente, que "*não existe no direito brasileiro o título executivo-debênture*". Um exemplo da segunda situação, por sua vez, seria o caso em que, numa execução em particular, se diz que "não existe título executivo", pois o contrato apresentado pelo devedor (como título executivo) *não preenche os requisitos do inc. II do art. 585, do CPC, por estar assinado por apenas uma testemunha*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION604 604 4/10/2007 14:40:42

Ora, não se concebe "duas formas de existência" da mesma "entidade", a saber, o *título executivo*. Confirma-se, assim, que a expressão 'título executivo' designa, nas diferentes situações onde se predica a "não existência de título executivo", coisas distintas: um *tipo (valor) legal*, no primeiro caso, e uma *entidade* correspondente a um tipo legal, no outro caso.

Feita esta distinção fundamental, é possível reformular os próprios pontos nos quais se articula, como se viu, o significado de uma *teoria do título executivo*. Com efeito, o ponto relativo à determinação da "eficácia do título executivo", consiste na investigação relativa ao *significado que o V-título executivo é* (o qual é normativamente [=tipicidade] fixado). Acrescente-se que, com a distinção apresentada, resta plenamente visível a inadmissibilidade de uma teoria essencialista do título executivo: é que este "ser-título executivo", este "valor (ou eficácia) de título executivo" não é um "tipo natural", um atributo correspondente a coisas existentes *in rerum natura*, mas algo que *só existe se e na medida em que normativamente constituído*.

De outra parte, o ponto relativo à determinação "do gênero de coisas aos quais a lei atribui eficácia de título executivo" consiste na investigação voltada a saber *o gênero de entidades (se é que há só um) que se tornam (são enquadráveis como) E-título executivos*'. Sublinhe-se que só há espaço para dúvidas, neste ponto, como agora se pode ver claramente, *se houver (como há no direito positivo brasileiro) ambigüidades e/ou obscuridades no texto veiculador das normas do tipo 'X vale como Y'*. Mais precisamente, se as X-expressões que forem utilizadas em tais *textos*, derem margem a dúvidas ou incertezas quanto ao seu exato sentido. Como se verá, este é o caso do direito brasileiro.

Finalmente, o ponto relativo à determinação *do controle jurisdicional de existência do título executivo* resulta perfeitamente esclarecido, ainda mesmo antes de se responder qualquer dos dois primeiros pontos. Este controle há de se desdobrar, necessariamente, nas seguintes etapas:

(a) o juiz há de acertar a existência de algo *apresentado* como sendo um E-título executivo;

(b) o juiz há de acertar se este algo *corresponde ao modelo legal de entidade à qual a lei atribui o V-título executivo* (isto é, a correspondência entre esta entidade concreta, cuja existência o juiz acerta, e a representação lingüística correspondente a uma X-expressão de regras do tipo 'X vale como Y'; daí desdobrar-se, esta etapa, em três outras:

(b1) o juiz conhece a norma constitutiva do modelo legal;

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION605 605 4/10/2007 14:40:43

(b2) o juiz conhece a entidade apresentada como correspondendo (subsumindo-se) a tal modelo;

(b3) o juiz verifica a correspondência (subsunção, enquadramento) entre a entidade e o modelo.[56]

Vale advertir que este "*ser-título-executivo*" nada mais é do que aquilo que na literatura processual se costuma denominar *eficácia de título executivo*. Tal eficácia vem a ser, precisamente, o "*valor-de-título-executivo*" que a lei (e somente a lei, insista-se) pode, constitutivamente, atribuir a certas "*coisas*" – os "*suportes fáticos concretos*", na terminologia preferida de Medina – "*coisas*" estas sobre as quais ainda não direi nada.

À luz do quanto exposto, bem se vê que o art. 585 do CPC veicula uma norma com a seguinte forma lógica:

[5] (X1 *ou* X2 *ou* X3 *ou*...Xn) vale como Y na qual 'X1', X2', 'X3'.. 'Xn' são, no texto do art. 585, substituídos pelas diversas *entidades* (os *suportes fáticos* na terminologia adotada por Medina), ou melhor, pela *representação lingüística de diversas entidades concretas* (o que corresponde à definição de *suporte fático abstrato*) e 'Y' é substituída pela *designação* (mas não pela *definição*) da "eficácia de título executivo", vale dizer, *pela mera expressão 'título executivo'*.

Por outro lado, a partir de dispositivos como os arts. 583, 614 e 618 do CPC é possível, numa reconstrução racional do ordenamento processual vigente, afirmar ser pertencente a tal ordenamento uma norma, acoplada à primeira, com a seguinte forma lógica:

[6] Se Y então Z na qual 'Y' está para a designação 'título executivo' e 'Z' está pela definição do *valor de título executivo* ou *eficácia de título executivo*, definição esta que consiste na determinação das *conseqüências normativamente impostas à "existência" de [o que quer que seja] título executivo*, conseqüências estas que são imputadas, portanto, aos suportes fáticos individualizados na primeira norma.[57]

---

56. Atenção: as etapas identificadas não correspondem a um modelo descritivo dos processos cognitivos efetivamente empregados pelo juiz, nesta ocasião. Trata-se de uma decomposição lógica (analítica) do mero *conceito da atividade referida como 'cognição da existência do título'*.

57. O teor desta segunda norma, vale dizer, o conjunto de *conseqüências normativas* em que se traduz a "eficácia de título executivo", pode ser assim formulado: "Se existe título executivo, então o credor está autorizado a requerer a tutela executiva do crédito nele representado, o juiz tem poderes, naqueles limites, de adotar as medidas executivas necessárias a tanto e o devedor sujeita-se a estas medidas". A explicitação desta eficácia própria de título executivo, a que se chega através de uma reconstrução racional do orde-

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION606 606 4/10/2007 14:40:43

Em vista de tudo isso, a tese de Medina, com a qual ele pretende ver refutada a teoria de Andolina (e a sua utilização na reconstrução racional do direito positivo brasileiro, por mim defendida), pode ser expressa como sustentando que a lei pode atribuir eficácia de título executivo ou, o que é o mesmo, atribuir o valor "ser-título-executivo" a qualquer coisa – ato ou fato – ilimitada e indiferentemente. Este é o ponto que parece estar equivocado na argumentação de Medina, por não ser coerente com outro dado do ordenamento brasileiro.

O dado que Medina não leva na devida conta, neste passo de sua argumentação, é reconhecido por ele próprio, em outras passagens de sua obra. Trata-se daquele aspecto da estrutura específica da execução que não admite que o juiz realize dilação probatória antes de deferir a execução requerida, quer dizer, antes (como etapa necessária) de considerá-la *admissível*. Foi este aspecto particular que se procurou evidenciar, ao se mencionar que, o que quer que seja requisito de admissibilidade da execução, deve ser algo que possa ser "*apresentado*" (no sentido de *se fazer presente, atual*) ao juiz, no momento mesmo em que ele realiza o controle de admissibilidade relativo à presença de tal requisito. E isto é assim, insista-se, justamente por não poder o juiz, devido a razões sobejamente conhecidas, realizar atividade instrutória para comprovar a presença de tal requisito.

Este aspecto do sistema processual (= disciplina legal do processo de execução) exerce uma fortíssima pressão ou *limitação lógico-sistemática* sobre o que pode ser, racionalmente, qualificado como título executivo pelo legislador, vale dizer, sobre o que pode ser o *suporte fático* ao qual a lei *atribua o valor (ou a eficácia) de título executivo*. Se é certo que, em tese, o valor específico que define qualquer fato, ato ou objeto institucional *como tal* pode ser atribuído [por uma ou um conjunto de *regras constitutivas*] a qualquer suporte, não menos certo é que no caso de um *sistema* de fatos, atos e objetos institucionais [*rectius*: sistema de *regras constitutivas*], a existência mesma do sistema impõe limites, os quais não podem ser violados, sob pena do próprio sistema deteriorar-se.[58]

---

namento processual, é unanimemente reconhecida por todos os estudiosos e pode ser considerada, nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro (sem excluir vários outros) como *idêntica*. Isto, todavia, não autoriza a esquecer o caráter *não natural* deste "valer-como-título-executivo": trata-se, sempre, de uma *convenção* que só pode ser determinada *de modo sistematicamente relativizado*, ou seja, *com relação a específicos ordenamentos positivos*. Tornar claro e explícito que este é um atributo constitutivo, senão de todos, da esmagadora maioria das *entidades jurídicas* (os "institutos jurídicos") é, sem dúvida, o maior mérito da teoria dos fatos institucionais para a ciência jurídica.

58. Inútil deter-se sobre o papel fundamental da coerência interna no próprio conceito de sistema. Cf. LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed..Trad. José Lamego, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1997; CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*., 2ª ed., Trad. ª Menezes Cordeiro. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1996. Na literatura nacional mais recente, merece uma menção especial a obra PUGLIESI, Mário. *Por Uma Teoria do Direito – Aspectos Micro-Sistêmicos*. São Paulo: RTS Editora, 2005.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION607 607 4/10/2007 14:40:43

Com efeito, os aspectos apontados da disciplina legal do processo de execução impõem duas fortes limitações ao gênero de entidades que o legislador possa, racionalmente, atribuir a "eficácia de título executivo", a fim de que ele efetivamente possa servir como *requisito de admissibilidade da execução*:

(a) tal suporte fático (ou substrato) DEVE ser tal que sirva como parâmetro ao juiz para que ele determine os limites de sua atuação *in executivis* (imposição esta que decorre diretamente da finalidade específica do próprio processo, para a instauração do qual este suporte fático servirá como requisito de admissibilidade);

(b) tal suporte fático NÃO PODE ser algo cujo conhecimento pelo juiz, vale dizer, a existência do qual, para ser verificada pelo juiz, careça de dilação probatória.

Ora, um ato jurídico, do qual o crédito a ser satisfeito *in executivis* seja o respectivo *sentido* ou *conteúdo*, muito dificilmente é *realizado perante o juiz*, isto é, no momento mesmo em que ele deve realizar o controle de admissibilidade da execução.[59] Por isso é *logicamente impossível* considerar que o legislador, na esmagadora maioria das situações onde é razoável conceder a tutela executiva, esteja livre para atribuir a *atos* a eficácia de título executivo.

Nessa perspectiva, pouco importa se o texto legal, ao construir as hipóteses legais de título executivo, fez referência, em certas ocasiões, ao crédito, à documentação do ato ou ao ato em si. Aqui impõe-se a reconstrução racional dos mesmos textos legais, precisamente para extrair deles um sentido *racional*, ou seja, *normas coerentes e, por isso mesmo, componentes de um sistema normativo*. Ademais, antes mesmo de determinar se apenas uma dessas "*entidades*" – ato, crédito ou documentação – e qual dentre elas *é* a entidade que deve ser considerada como referida pela lei, numa reconstrução racional sua a partir do respectivo texto legal, é oportuno advertir que a escolha por qualquer uma delas não significará um grande desvio hermenêutico do próprio texto legal, tendo em vista a íntima conexão existente entre elas, como se demonstrará. De modo análogo, o crédito é apenas um *aspecto*, ou melhor uma *propriedade* do próprio ato, assim como a *cor amarelo-manga* é um *aspecto* ou *propriedade* de uma fruta manga, que só por abstração pode ser isolada da própria fruta. Por isso mesmo, é indiferente que uma certa documentação seja tida como "*representando*" [o que quer que se venha a entender, rigorosamente, por *representação de um ato*] um

59. Cf. o quanto restou dito acima sobre o crédito como conteúdo de um ato.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION608 608 4/10/2007 14:40:43

ato, ou que seja tida como "representando" aquele seu aspecto que vem a ser o *crédito*, ou seja, aquele *conteúdo*, que é o seu sentido específico.[60]

Dito isto, é fácil compreender que a hipótese consistente em admitir que a lei, quando faz referência *textual* a *atos* ou *créditos* (quer dizer, emprega as expressões 'ato' e 'crédito'), está atribuindo a estas entidades mesmas (atos e créditos) o valor de título executivo, se levada efetivamente a sério, *esvaziaria por completo o sistema processual de tutela executiva*. A admissibilidade da tutela executiva restaria condicionada, como se vê, a um suporte fático que, ao menos na sua pura *faticidade*, não poderia ser *diretamente conhecido pelo juiz*, ou seja, *o ato jurídico "subjacente" ao crédito*. Fosse isto assim, ou "travar-se-ia" o acesso à tutela executiva, ou se o tornaria *arbitrário* e *irracional*.

Chego, agora, ao último – e decisivo – argumento em (nova) defesa da teoria do título como representação documental: acredito que não é *logicamente necessário* considerar que o título executivo *é* um ato, ou melhor, considerar que a lei brasileira tenha, efetivamente, atribuído eficácia de título executivo a algum ato, *na sua "existência total"* (o inclui a sua *"pura faticidade*"), para admitir

60. Vale, aqui, um registro sobre o capítulo da ontologia social, denominado *ontologia dos documentos*. Vale transcrever a breve exposição inicial de Smith sobre as tarefas essenciais de uma "teoria do ato documental" (bem como de seu conceito fundamental, o de "ato documental"): "Here we survey the world of documents, and document acts, in general, where by 'document act' we mean: *what humans do with documents,* ranging from signing or stamping them, or depositing them in registries, to using them to grant or withhold permission, to establish or verify identity, or to declare a state of martial law. (...) But the documents which interest us here do not merely furnish evidence or information; they also have social and institutional (ethical, legal) powers of a variety of different sorts. They play an essential role in many social interactions, and they can bind people (or groups, or nations) together in lasting ways (which, in the case of wills and testaments, can survive even the death of those involved). The theory of document acts is a theory: (1) of the different *types of document*, ranging from free-text memos to standardized forms and templates, and from single documents as self-contained collections of information to bodies of documents incorporating various sorts of riders, codicils, protocols, addenda, amendments, endorsements and other attachments, including maps, photographs, diagrams, signatures and other marks; (2) of the different types of *physical medium or bearer* for a document's content (most important here is the distinction between paper and electronic documents); (3) of the different sorts of things we can do *to* documents (fill in, sign, countersign, stamp, copy, notarize, transfer, invalidate, destroy); (4) of the different sorts of things we can do (achieve, effect) *with* documents (establish collateral, create organizations, record the deliberations of a committee, initiate legal or military actions), and of the different ways in which, in performing such acts, we may succeed or fail to achieve the corresponding ends; (5) of the *institutional systems* to which documents belong (marriage, property, law, commerce, trade, credentialing, identification, movement of goods and people), and of the different *positional roles* within such systems which are occupied by those involved in the performance of the corresponding acts, of the *provenance* of documents (of what distinguishes an original, authentic document from a mere copy or forgery)" [SMITH, Barry, *Document Acts*, disponível em http://ontology.buffalo.edu/document_ontology/Document_Acts.doc]. Como se vê, trata-se de investigações de grande valia para o operador jurídico, não só pela presença difusa de documentos na vida jurídica, como também pode ser muito esclarecedor, para o operador do direito que ainda não consegue assimilar que um documento possa ter outra função em um processo, que não seja a de servir como meio de prova, o simples exame dos tópicos em que se articula a mencionada pesquisa.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION609 609 4/10/2007 14:40:43

(*corretamente*), como faz Medina, que o juiz, ao comprovar a existência de título executivo *in concreto* conheça, em alguma medida, a *existência do próprio ato constitutivo do crédito representado*, no entanto, *sem ultrapassar os ontológicos impostos à cognição representação documental de um crédito, crédito que, deste ato, é o conteúdo*.

Também aqui, revelam-se cruciais as breves noções já expostas relativas a *fatos (eventos, atos e objetos) institucionais* para a compreensão aprofundada de mais este ponto da teoria do título executivo aqui defendida. Conjugando tais noções com aquelas outras ligeiras observações sobre as relações [*ontológicas*] entre *ato jurídico* e *crédito*, acredito que se passa a um nível mais aprofundado da investigação sobre as relações entre *título executivo* e *ato jurídico* – ou melhor, as relações [lógicas] entre a cognição judicial da *existência do título executivo* e a da existência *do ato jurídico* "*subjacente ao*" [ou "*constitutivo do*" ou, ainda, no meu vocabulário, "*cujo sentido é*" o] *crédito* a ser satisfeito *in executivis*.

Com isso, creio ser possível rebater o argumento que Medina utiliza para refutar Andolina, e a mim mesmo, argumentando serem reconstruções justificadas do ordenamento brasileiro as seguintes conclusões:

(a) ao determinar se *existe* um título executivo *in concreto*, o juiz não conhece *o ato subjacente ao crédito em sua totalidade, o que inclui os seus atributos puramente empíricos, precisamente aquilo que o juiz jamais conhecerá (salvo alguma hipótese absolutamente excepcional e até fantasiosa) por experiência direta;*

(b) aquilo que deste ato o juiz conhece não é mais do que a *inscrição representativa que dele um certo documento porte*, em razão do que sua cognição sobre *o que porta ou não valor de título executivo, continua limitada à [existência institucional de uma] representação documental típica do crédito*;[61]

(c) que não é incompatível com isto reconhecer, como eu reconheço, que para acertar a existência do E-título, o juiz conhece, necessariamente, a existência *jurídica* daquele ato (em certo sentido a ser esclarecido) e isto é parte da sua cognição sobre a existência da representação documental típica, que o título executivo *é*.

Passo a tentar demonstrá-las.

61. Isto, vale pontuar, é dado que confirma que apenas a esta representação (a *isto* que a cognição do juiz racionalmente está limitada) documental a lei atribui o valor institucional de título executivo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION610 610 4/10/2007 14:40:44

Na primeira parte da presente defesa da teoria do título executivo como representação documental do crédito, argumentei que *representações documentais*, por serem entidades "*presentáveis*", prestavam-se, racionalmente, a ser requisitos de admissibilidade da execução. Agora, volto à análise, desta vez mais *ontológica*, da noção mesma de *representação documental de crédito*. Argumentarei que uma qualquer *representação documental de crédito*, embora dotada de constituição ontológica tal que se preste a ser algo "*presentável*", nesta sua "*presentabilidade*" não se esgota a sua constituição ontológica. E é na compreensão do que *é*, realmente, uma representação documental de crédito, de onde extraio o argumento final de minha contra-refutação a Medina.

Faço, em primeiro lugar, uma observação intuitiva [e quase óbvia] sobre representações documentais *em geral*. Uma representação documental de certo objeto [aqui designada, doravante, 'RepDoc(Or)'] é, ela própria, um *objeto*, mais precisamente, um objeto com inscrições que, de alguma maneira, se usa para corresponder, reprodutivamente, a um certo *outro* objeto, o *objeto representado* [o 'Or' da expressão estipulada para substituir 'representação documental de certo objeto']. Dessa forma, para que seja *logicamente possível existir* uma representação documental de "algo", é necessário, antes de qualquer outra coisa [já que se trata de *possibilidade lógica*], que este "algo" *exista*. A prova desta *condição essencial* de existência de um objeto-representação documental,[62] é a seguinte: é logicamente impossível existir representação documental de unicórnio, posto que a expressão 'unicórnio' é irremediavelmente vazia de referência (ou, no popular: *unicórnios não existem*).

Estabelecida esta premissa sobre as representações documentais *em geral*, chamo atenção para uma peculiaridade de representações documentais de *fatos, atos ou objetos institucionais*, gênero no qual enquadro as "representações documentais de crédito". Ora, se aquilo que é representado por uma representação documental RepDoc(Or)_1 é um *fato institucional*, RepDoc(Or)_1 se *institucionaliza*, necessariamente, de modo que *parte* ou *fragmento* de RepDoc(Or)_1, para *existir*, requer mais do que *pura faticidade*, mas *institucionalidade*.

62. Uso 'condição essencial' em sentido aproximado, se não idêntico, ao de Searle (*Speech Acts*, cit. p. 59). Embora aqui não seja o lugar, observo que por aí já se pode antever uma certa *institucionalidade mínima* ("cultural") de *qualquer representação documental*, institucionalidade apenas "*intensificada*" quando o objeto representado for um fato institucional. Nesta perspectiva, faço um registro da maior importância, como ficará claro mais adiante: pelo que se disse, classifico as representações como uma *entidade semiótica*, no sentido que Conte atribui à expressão 'entidade semiótica', como designando algo que "*stat pro aliquo*, sta per qualche cosa" (cf. CONTE, Amedeo. Manuscrito inédito, p. 14). Que isto confirma a institucionalidade das representações documentais, é a circunstância, para mim intuitiva, mas não sei explicar, que nada "sta per qualche cosa", senão em virtude, como condição necessária, mesmo que não suficiente, de uma *regra que constitua este "stare per"*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION611 611 4/10/2007 14:40:44

Aqui será muito útil recordar a ambigüidade já revelada de 'fatos institucionais' e o tratamento que dei a ela com a introdução dos termos 'V-fato institucional' e 'E-fato institucional'. Ademais, assinalo que, em vista desta premissa "*lexical*", afirmar que uma *representação documental de fato, ato ou objeto institucional* é (ou *torna-se*), ela própria, um *objeto institucional*, já autoriza, por pura inferência semântica, a postular a existência de um "*valor institucional de representação documental de fato, ato ou objeto institucional*" [aqui designado 'V- RepDoc(FI)'] e as *entidades concretas já consideradas como portando este valor, ou seja, as representações documentais efetivamente existentes como tais* [aqui designadas 'E-RepDoc(Fit)'].[63]

Dito isto, observo que, para que exista, efetivamente [neste sentido privilegiado de 'existir', ou seja, 'existir institucionalmente'], uma *representação documental de fato, ato ou objeto institucional*, é necessário que *exista mais do que um objeto "bruto"*, inteiramente redutível à sua mera constituição ontológica *natural* ou *empírica*. É necessário, sim, que exista um tal objeto, pois isto [que se traduz na sua "*presentabilidade*"] é *condição essencial* para algo *ser* uma representação documental. Chamo este objeto de *substrato empírico* S1.

Todavia, é também necessário que exista, *já instituído*, o "*valor-institucional-de-representação-documental-de-fato-institucional*" [= V-RepDoc(Fit)]. Isto pela óbvia (a esta altura do discurso, é claro) razão de que "*representações documentais de fatos institucionais*" não são *entidades* de um gênero que se possa dizer "existentes *in rerum natura*".

Ademais, *parte* do sistema que *institui* este [como qualquer outro] *valor institucional* [este específico V-fato institucional], também já *estipula a que gênero de entidades [substratos empíricos] se está, pelo mesmo sistema, atribuindo este valor institucional*, ou seja, estipula os atributos que uma entidade concreta deve possuir para portar este determinado valor institucional, vale dizer, *qualificar-se como um específico E-fato institucional*.

Finalmente, é necessário que S1 tenha ou porte os *atributos*, que o mesmo sistema constitutivo do "*valer-como-representação-documental-de-fato-institucional*" [= V- RepDoc(Fit)], estipula como *conditio sine qua non* para que S1 [e qualquer outro substrato empírico] *valha como uma específica representação documental de fato, ato ou objeto institucional* [ou seja, que se qualifique como um ***E***- RepDoc(Fit)].

63. *Inferência semântica* é aquela que se obtém pelo mero significado de um termo contido em uma sentença. Assim, de 'João é solteiro', estou autorizado a concluir, por inferência semântica, que 'João não tem esposa'.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION612 612 4/10/2007 14:40:44

Eis, portanto, assinalada como *opera* a institucionalidade de uma particular representação documental de um determinado fato institucional.

Para completar a análise da *institucionalidade derivada* característica da representação documental de um fato institucional, de onde extrairei o arremate de minha argumentação, indago: o que determina o "*valor-institucional-de-representação-documental-de-fato institucional*", ou seja, o que institui um determinado V-RepDoc(Fit)? Respondo: em virtude da *natureza* [= *uso* ou *função*] meramente representativa de qualquer representação documental, o valor institucional em questão [o específico V-RepDoc(Fit)], vem a ser instituído, precisamente, *por aquelas as normas que determinam quando, um outro substrato empírico S2, vale como o fato, ato ou objeto institucional, que é objeto da representação* [o 'Fit' de 'V- RepDoc(Fit)'].[64]

Admitidas essas noções como premissas, resta, tão-somente, explorar o ponto que, a esta altura já deveria ser óbvio: se não o forem *todos*, hoje se reconhece que a esmagadora maioria dos atos jurídicos como pertencentes à categoria já analisada de *fatos institucionais*.[65] A esta regra não fazem exceção, certamente, os atos jurídicos *nomeados* [ou seja, aqueles que estariam sendo "referidos" {= *nomen iuris*} por certas expressões ocorrentes] em qualquer texto legal configurador de determinado tipo legal de título executivo. Daí para convencer-se da institucionalidade ("intensificada") da representação documental do crédito, ao qual a lei atribui eficácia executivo, é um caminho bastante curto.

Se ato jurídico é fato institucional, então, por inferência semântica, posso deduzir que, para cada determinado *ato jurídico X*, há um *V-ato jurídico X* e tantos *E-atos jurídicos Xs* quantos sejam os substratos apresentados como portando [e que efetivamente porte] os critérios especificados para se atribuir o *V-ato jurídico* em questão.

---

64. Lembro que tais normas são da forma 'X vale como Y', cuja interpretação, na situação concreta, seria '[S]t vale como V-Fit'.

65. Reproduzo, pela maneira clara e didática em que formulada, a síntese de Alexy sobre este ponto: "Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ellas son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el acto *jurídico* de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el acto *jurídico* de la fundación de sociedades, sin el derecho matrimonial, no sería posible el acto *jurídico* de la celebración del matrimonio, sin el derecho procesal, el acto *jurídico* de la demanda, y sin el derecho electoral, el acto *jurídico* del sufragio. El caráter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como *acciones institucionales*" (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 190.). Para uma abundante documentação deste entendimento, cf. LORINI, Giuseppe. *Dimensioni Giuridiche dell'Istituzionale*, cit.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION613 613 4/10/2007 14:40:44

Nesta ordem, é fundamental empregar meu entendimento já exposto de que 'crédito' designa o conteúdo ou o sentido que um ato jurídico é. Se isto é assim, 'crédito' é aspecto [propriedade] de um E-ato jurídico, pois de um V-ato jurídico não se pode predicar que seja o *conteúdo* de algum outro *ato*, que não seja aquele que *institui o próprio V-ato jurídico* [portanto, um ato *do legislador* e *irrepetível*].

Percebe-se, assim, a relação necessária entre a determinação da existência da representação documental que o título executivo é [no meu léxico: determinação da existência de "*algo*" que seja um E-título executivo de determinado tipo] e a determinação da existência do "*ato subjacente ao crédito*" objeto da representação. A representação documental de determinado crédito a ser satisfeito *in executivis*, revela-se como a representação documental do conteúdo de determinado E-ato jurídico, que vem a ser, recorde-se, um *fato institucional*. Para simplificar, ignoro, daqui em diante, que o crédito seja só um aspecto do ato, pois, neste contexto da argumentação, isto é irrelevante, e passo a me referir ao título executivo como *representação documental de um ato jurídico de determinado tipo* [sem deixar de a ele me referir como *representação documental de crédito*].

Aplicando as noções elaboradas pouco atrás, para que *exista* uma *representação documental [do conteúdo] de um ato jurídico de determinado tipo* – doravante a ser denominado 'RepDoc(Ajur)' é necessário que exista:

a) um *sistema de regras constitutivas* [instituição] que:

   a.1) instituam [definam] o V-RepDoc(Ajur) e

   a.2) estipulem o gênero de entidades ao qual o V-RepDoc(Ajur) é atribuído;

b) um concreto substrato empírico S1;

c) a correspondência entre S1 e o *tipo de S* ao qual é atribuído o V-RepDoc(Ajur).

Isto porque, uma "*específica*" e "*concreta*" *representação documental de um ato jurídico de determinado tipo* é, na realidade, uma E-RepDoc(Ajur).

Agora, o que *institui* um V-RepDoc(Ajur)?[66] Seguindo o esquema já exposto quanto aos fatos institucionais em geral, no caso em questão o V- RepDoc(Ajur)

66. Tal valor institucional não é, rigorosamente, *instituído*, mas *derivado*, em razão daquilo que chamo, idiossincraticamente, *transparência* inerente às representações documentais, enquanto *entidades semióticas*. Esclareço: toda representação, enquanto entidade semiótica, "existe" [é produzida ou é utilizada], em certos contextos [e só em certos contextos, como se verá, sendo esta uma especificação fundamental], de modo tal que *nenhuma contribuição trazem, a este contexto, com suas demais características próprias de entidade, além do próprio objeto representado*. Em demonstração a isto, valho-se da caracterização

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION614 614 4/10/2007 14:40:45

é "instituído" pelo sistema de normas que instituem o V-Ajur, ou seja, que (a) definem o próprio V-Ajur [= os efeitos normativos imputados à existência concreta de E-Ajur] e que, ao mesmo tempo, estabelecem que entidades se qualificam como ("valem como") um particular E-Ajur.

Dessa forma, e sempre seguindo a mesmo estrutura argumentativa, a determinação da existência de uma particular E-RepDoc(Ajur) requer a determinação, como etapa obrigatória, da correspondência entre aquilo que de um determinado substrato S2, resta *inscrito* [representado] em um outro substrato S1 – aquele que é o "candidato" a E-RepDoc(Ajur) – efetivamente se qualifica como um particular Ajur. Como se vê, etapa obrigatória na determinação de existência de uma E-RepDoc(Ajur) é a determinação, a partir das informações contidas em S1, é a determinação da *hipotética existência institucional* de um E-ato jurídico [= a correspondência entre o S2 {*rectius*: a mera *representado* dele, que vem a ser *fragmento de* ('está contida em') S1} e o tipo de substrato ao qual é constitutivamente atribuído o V-título].

É neste sentido muito reduzido – *metonímico*, poder-se-ia dizer – que se pode admitir que o juiz, ao determinar a existência de título executivo [na verdade, de um particular E-título], realiza atividade que pode ser expressa como 'conhecer o ato jurídico subjacente', desde que 'ato jurídico' seja desambiguada em apenas uma das alternativas mencionadas, ou seja, como sinônima de 'V-ato jurídico'.

Continuando o léxico até aqui explorado, o juiz, na execução, não conhece a existência do E-ato jurídico "subjacente ao crédito [representado] a ser satisfeito *in executivis*" [vale dizer, não conhece a existência [concreta] de um particular S2 e a sua correspondência com um tipo, que faça valer S2 como um E-Ato jurídico]. No entanto, ele faz o exame – não poderia deixar de fazer, em virtude da transparência da representação – da subsunção entre aquilo que de determinado substrato S2 estiver representado em S1 e as normas que estipulam se este S2 vale ou não como o particular E-ato jurídico que [o conteúdo do qual] se pretende

---

da representação documental como entidade semiótica para, assumindo existente, mas sem devida demonstração, uma analogia entre representações documentais e nomes próprios, utilizar a demonstração de Recanati sobre a transparência e a opacidade contextual de termos singulares ou diretamente referenciais: como demonstrarei adiante, uma representação documental, mesmo como entidade semiótica, e, portanto, intrinsecamente transparente [este o ponto de analogia entre representações documentais e nomes próprios] pode ser *opaca* em certos contextos. Por isto é que, na perspectiva da transparência apontada das representações documentais, referir-se ao "*valor institucional de representação documental de fato institucional*" como um valor institucional "*autonomamente instituído*" é só uma maneira didática de esclarecer o ponto. Rigorosamente, este valor não é instituído. Ele é "alimentado" pelo valor institucional do objeto representado, o qual é acessado, transparentemente, a partir da representação documental, *naqueles contextos em que ela contribua, tão somente, com o que é representado, sem que nenhuma outra característica sua,* qua *entidade, seja relevante* [o que é dizer: quando ela for *transparente*].

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION615 615 4/10/2007 14:40:45

que seja o *objeto representado* da E-RepDoc em questão. É que se S2 [*rectius*: a RepDoc de S2] não vale como Ajur1, então S1 não vale como representação de Ajur1.[67]

Para confirmar a fecundidade e a utilidade da teoria por mim defendida, é importante analisar que *soluções* ela proporciona, na harmonização do sistema, em certos casos emblemáticos de *incerteza*. Passo a um exemplo emblemático.

Penso na seguinte hipótese: verificando o juiz, com base nos elementos consubstanciados na documentação apresentada como título, que o ato subjacente ao crédito a ser satisfeito padece de *nulidade* ou mesmo *inexistência*, deve ele deferir a inicial, por estar vedado a conhecer aqueles defeitos [segundo a teoria da representação documental *na leitura que dela faz Medina*, porque o juiz limita-se a verificar a "regularidade formal do cumento"], ou deve indeferir a inicial, por estar autorizado [por alguma razão] a conhecer tais defeitos?

Medina sustenta que o juiz deve indeferir a execução *porque conhece* [mais exato seria dizer '*deveria* ter conhecido'] *o ato, para saber se existe título executivo*, o que *comprova* a sua teoria. Eu sustento que o juiz deve indeferir a execução porque determinar se uma particular representação documental de crédito se enquadra como hipótese específica de título executivo *significa, parcialmente, 'conhecer o ato', em certo sentido específico desta ambígua expressão*.

Pelo que já se expôs quanto à ontologia da representação documental de crédito, a teoria aqui defendida permite concluir que, em tais situações, sequer chega a *existir título executivo* [*rectius*: um particular E-título executivo], impondo-se ao juiz o indeferimento de inicial, sem, no entanto, que ele chegue a *acertar* a própria nulidade ou inexistência do *ato*, considerado na sua totalidade, a qual inclui a existência do próprio substrato empírico – diverso daquele que serve ou vale como representação documental do crédito em questão.

Aplico meu léxico, para esclarecer e demonstrar a coerência sistemática da reconstrução proposta. Na definição de um dos tipos legais de entidades às quais a lei atribui eficácia executiva [na configuração, portanto, dos atributos que um certo substrato deve possuir para valer como um particular E-título executivo], a lei seleciona [aqui não importam as expressões lingüísticas, pois estou no plano da reconstrução racional] o seguinte tipo: representação documental do ato jurídico A1. Para saber se *aquilo que está diante dele* – isto é, aquele concreto

67. Representação de "algo" que, já pelas informações fornecidas pela própria representação deste "algo", se possa aferir que ele "valha como conteúdo do ato A[= crédito C].

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION616 616 4/10/2007 14:40:45

substrato empírico, que chamarei S1 – a *vale como uma representação documental do ato jurídico A1*, o juiz procede assim:

(1) examina se S1, o *substrato* [portanto, examina a *representação*, naquele seu fragmento que *representa* o substrato "candidato a E-A1"] *apresentado como tendo o valor institucional de representação documental do ato jurídico A1*, contém inscrições de um *outro substrato empírico S2*;

(2) examina se o S2, tal qual representado [insisto: examina, ainda e somente, a mera representação de S2 e não o próprio S2], porta os atributos definidos em outra norma, para *valer como A1*.

Com esta análise, vê-se, claramente, que o juiz faz o exame desta correspondência entre a representação de S2 e as [*rectius*: o *sistema* de] normas instituidoras do V-Ajur em questão [e somente nisto pode consistir a 'cognição do ato subjacente pelo juiz da execução'], como parte necessária – até onde for possível – de sua atividade de determinar se existe uma determinada representação documental de crédito, ou seja, da existência de algo que valha como uma representação documental do particular tipo de ato jurídico em questão. Por isto é que mesmo admitindo que, neste sentido muito específico e restrito, o juiz *conhece* algo do ato subjacente ao crédito a ser satisfeito [do qual este último, repita-se, não é mais que uma propriedade ou um atributo], ele ainda está, rigorosamente, *apenas conhecendo a representação documental do crédito*.[68]

Uma boa maneira de acomodar estes dados [como parte do que chamaria de "*etapa narrativa*" de uma reconstrução racional de normas jurídicas] é a seguinte: quando, na lei processual, for utilizada expressão que "nomeia" um particular tipo de *ato jurídico* (assim como, pelas mesmas razões, obviamente, expressão que nomeia "crédito") ao construir uma determinada hipótese legal de título executivo – vale dizer, no meu léxico, quando a lei processual, ao construir determinado *tipo legal de entidade [= suporte fático, na terminologia de Medina e, segundo minha teoria, sempre uma representação documental] a que a mesma lei está atribuindo "valor de título executivo" [= eficácia executiva, na terminologia de Medina] – os atributos componentes do tipo legal do ato jurídico [e*

68. É neste sentido, vale dizer, na perspectiva destes contextos em que representações documentais, mesmo sendo *entidades semióticas*, tornam-se *opacas*, pois elas passam a ser, *enquanto representação de algo*, *referentes de outras entidades semióticas* [no caso, regras constitutivas], integrantes do mesmo contexto, *passando a contribuir, aí, com peculiaridades suas próprias que ultrapassam as qualidades do próprio objeto representado*. Recordo que a caracterização de uma representação documental como uma entidade semiótica, é o que me permite utilizar, analogicamente, os argumentos já mencionados desenvolvidos por Recanati, para demonstrar a transparência e a opacidade *contextuais* de expressões como *diretamente referenciais* como *nomes próprios*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION617 617 4/10/2007 14:40:45

apenas estes atributos] passam a "integrar" o tipo legal de entidade ao qual a mesma lei está atribuindo "valor de título executivo" [portanto, como atributos do próprio tipo de representação documental aí instituído]. É que os atributos deste ato, contidos ou inscritos na representação documental deste mesmo ato, *enquanto fragmentos que são desta mesma representação documental*, serão, necessariamente, aqueles utilizados como *referencial* (modelo) para "conhecer" se aquilo representado como *sendo* um *E-ato jurídico*, efetivamente *se enquadra como tal no sistema que institui o V-ato jurídico*.

Justifica-se, portanto, a superação do teor literal de textos legais quando, na lei processual, for utilizada expressão que "nomeia" um particular tipo de *ato jurídico* (assim como, pelas mesmas razões, obviamente, expressão que nomeia "crédito") ao construir uma determinada hipótese legal de título executivo, para interpretar tais expressões, em harmonia com a disciplina legal deste mesmo ato, feita em sede própria. Nesse sentido, portanto, é que se pode afirmar que os requisitos essenciais de tal ato, fixados pela lei que o disciplina, *incorporam-se à própria hipótese legal do título executivo, nos limites de sua respectiva representação documental*.

A diferença prático-jurídica entre tal modo de ver as coisas e aquele outro que defenda a possibilidade do juiz *conhecer diretamente dos vícios consistentes em nulidade absoluta* é que o juiz, na execução, verificando o desvio do ato subjacente ao título ao seu respectivo modelo normativo, *não declara a inexistência do direito alegadamente constituído por tal ato*, mas simplesmente emite um provimento, sem nenhuma eficácia no plano material, portanto, acerca da impossibilidade legal de se promover a tutela executiva de tal direito.

Esta solução, como se vê, harmoniza-se melhor ao modelo constitucional do processo: se por não conhecer o ato, o juiz não declara a inexistência do ato, como tal, nenhuma restrição causa aos valores protegidos com o direito fundamental ao contraditório que o juiz indefira *de plano* a execução, sem ouvir nem o credor, nem o devedor. Por mais essa razão, confirma-se a utilidade da teoria aqui defendida, pois permite que o juiz conheça, inclusive *ex officio*, de *vícios do ato representado documentalmente [*rectius: *daquilo que do ato estiver representado], apenas para fins de deferir ou não a tutela executiva, sem "acertar", em bases manifestamente precárias, a inexistência ou invalidade do próprio at*o.[69]

69. Recordo: (a) a determinação da existência e da validade de um ato jurídico, no meu léxico, são expressões co-referenciais, pois se referem ao mesmo *fenômeno*; não são *sinônimas*, porque diferem do *sentido* (*Sinn* fregeano), na medida em que este se liga aos diferentes regimes que, em um ordenamento jurídico, pode o legislador, discricionariamente (nos limites da Constituição), dar ao fenômeno; (b) a determinação da

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION618 618 4/10/2007 14:40:46

Finalmente, observo que tais conclusões são inteiramente compatíveis com a teoria do título executivo como representação documental típica do crédito, mesmos nos termos em que formulada por Andolina. Recorde-se que as idéias nucleares em que pode ser sintetizada essa teoria são:

(a) os efeitos próprios do título executivo são ligados, exclusivamente, à existência de uma *documentação*, a qual não consiste, por sua vez, em *prova do crédito* a ser satisfeito *in executivis* (título como *representação documental*);

(b) a existência do título executivo corresponde, exclusivamente, à subsunção da documentação apresentada em uma das *hipóteses legais* (ou *fattispecie abstratas*) de título executivo (título como representação documental *típica*).

O único esclarecimento para compatibilizar tal teoria os dados trazidos por Medina, é adotar uma ontologia mais rigorosa, de modo a adotar um sentido "*enriquecido*" de '*existência de representação*'.

Dessa forma, confirma-se a compatibilidade da conclusão de que os atributos do tipo legal de ato jurídico subjacente ao crédito a ser satisfeito passam a compor [pela transparência de qualquer *representação*, documental ou não] *o próprio tipo normativo que define certo [tipo] título executivo particular* [um determinado V-título]*, nos limites de sua respectiva representação documental*, com a teoria do título como representação documental, pelas seguintes razões:

a) o juiz continua sem conhecer o próprio ato subjacente ao crédito a ser satisfeito, mas apenas aquilo que dele vem revelado pela representação documental;

b) o juiz pode indeferir a tutela executiva pleiteada de ofício e sem atividade probatória;

c) a providência com que a demanda executiva é rejeitada não produz qualquer efeito no plano do direito material.

Por tudo isso, percebe-se porque a qualificação do título executivo como *representação documental do crédito* é a melhor opção de reconstrução racional do ordenamento processual brasileiro, para a qual também há, seja logo advertido, *evidência textual*, neste mesmo ordenamento. Com efeito, a *representação documental é objeto "apresentável"* ao juiz, de cuja existência o juiz pode conhecer, portanto, *diretamente* e sem dilações probatórias. Da mesma forma, a representação documental é capaz (em sentido modal, não deôntico)

existência [e da validade, nos casos em que a distinção for relevante] de um ato jurídico pode requerer a determinação da existência de um *substrato empírico*, *fisicamente distante do juiz*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION619 619 4/10/2007 14:40:46

de fornecer todos os parâmetros para a cognição, pelo juiz, do crédito a ser satisfeito – o que se revela essencial, operativamente, para o juiz atuar racionalmente. Confirma-se, assim, a utilidade da teoria de Andolina, também na compreensão do direito brasileiro.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, ao invés de me limitar a reafirmar os principais pontos e conclusões da argumentação desenvolvida, gostaria de tecer algumas considerações de ordem muito geral, quase metafísica, sobre a realidade, inclusive a jurídica, e os limites de sua cognoscibilidade. Pareceu-me oportuno deixá-las para o final, tanto para não desviar o foco da discussão que foi aqui travada, como também para ter esta discussão mesma como "*pano de fundo*" destas, que bem posso chamar de "*meta-considerações*".

É moeda corrente, na epistemologia contemporânea, que nenhuma descrição de qualquer porção da realidade, por correta que seja, *esgotará tudo que há para saber sobre tal objeto, tornando inverídicas, ou pelo menos incompletas, todas as demais descrições do mesmo objeto*. Daí a necessidade de se lidar com um conhecimento capaz de gerar *descrições diferentes, e às vezes até conflitantes, de um mesmo fenômeno, de um mesmo processo, de uma porção qualquer, enfim, do real, descrições estas que possam, ao mesmo tempo, serem consideradas verdadeiras, por "corresponderem" (em qualquer das versões de uma teoria da verdade como correspondência) ao fenômeno descrito*. É de se esperar que os critérios para justificar a opção por esta ou aquela descrição verdadeira tendam a se deslocar, cada vez mais, para outras qualidades das teorias ou descrições concorrentes (e.g. coerência, parcimônia de conceitos etc.), tendo em vista que a mera correspondência ou é impossível, quando interpretada de certa maneira – como querem os céticos – ou é possível de ser igualmente atendida por diversas teorias.

No que diz com a realidade jurídica, a situação ainda é mais complexa e mais precária. Mais complexa, porque a realidade jurídica ou (1) não existe *como tal*, ou seja, como uma "*segunda*" realidade "*acoplada*" à empírica, caso em que ela a própria realidade empírica, em nível inconcebível (até agora) de complexidade; ou (2) é dotada da constituição ontológica extremamente evanescente e *sui generis*, como já se pode perceber pelas ligeiras considerações sobre norma, ato, fatos (e atos e objetos) institucionais. Em ambas hipóteses, a complexidade (e a instabilidade, no caso de não serem verdadeiras as teses reducionistas que pretendem "*naturalizar*" o mental) do objeto a ser compreendido torna muito mais

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION620 620 4/10/2007 14:40:46

precária, mas não logicamente impossível, a produção de descrições e teorias verovaloráveis.[70]

Dessa forma, tornam-se mais fluidos os critérios para aquela "*correspondência*" entre descrição e objeto, que constitui o primeiro nível de análise da bondade de uma teoria. Com isso, aumenta o número de possíveis descrições igualmente corretas. Inevitável, assim, que os critérios para se decidir sobre a preferibilidade de teorias e descrições da realidade jurídica se desloquem, mais e mais, para além da mera correspondência entre tais teorias e descrições e a porção da realidade jurídica (= ordenamento positivo) descrita. É na ponderação entre os diferentes pacotes de soluções inferencialmente articuladas a cada uma das descrições ou teorias concorrentes, que se deve buscar os critérios de decisão racional sobre a preferibilidade desta ou daquela descrição da realidade jurídica.

70. Esclareço que 'verovalorável' é neologismo correspondente à expressão, extremamente difundida na literatura anglofônica especializada (em lógica, filosofia, lingüistica e tantas outras áreas), 'truth-functional', ou seja, aquilo que é dotado de um dos dois valores-de-verdade (ao menos na chamada lógica bivalente), isto é, 'verdadeiro' ou 'falso'. Cumpre advertir que é, ainda, extremamente questionável se 'verdadeiro' é predicável de enunciados (expressões lingüísticas dotadas de um sentido completo, nos termos em que se esclarecerá mais adiante, no texto, expressando o conteúdo de um ato de fala assertivo ou descritivo) ou ao *ato de proferir certos enunciados*. Parece óbvio que a grande maioria das expressões lingüísticas, mesmo dotada de um sentido completo ou expressando uma *proposição completa*, só podem ser considerada como plenamente *verovaloráveis* quando acrescidas de informações relativas à situação concreta de sua *enunciação* (quem fala, em que tempo, em que lugar etc). Nesse sentido verovalorável seria predicável aos *atos de fala* (ou melhor, a alguns deles). A questão, por relevante que seja, não necessita ser enfrentada, no presente trabalho, sendo suficiente mencionar-lhe a existência. Recordo que conduzo uma pesquisa para confirmar a hipótese de que as ditas "descrições de normas", supostamente produzidas pelo cientista do direito, como sua atividade específica, não são *verovaloráveis*, ou seja, não são nem verdadeiras, nem falsas, mas corretas ou incorretas.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION621 621 4/10/2007 14:40:46






CAPÍTULO XXIV

CONVENIENCIA DEL ESTUDIO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL. SU APLICABILIDAD A LAS DISTINTAS RAMAS DEL MISMO

María Amparo Renedo Arenal *

Sumario: I. Introducción – II. Posiciones dualistas y unitarias respecto de la Teoría General del Derecho Procesal: a. Posición dualista; b. Posición unitaria – III. Delimitación terminológica y conceptual – IV. Contenido de la Teoría General del Derecho Procesal – V. Aplicabilidad de la Teoría General del Derecho Procesal a las distintas ramas del mismo: a. Proceso Civil; b. Proceso Penal; c. Proceso laboral – VI. Metodología de la enseñanza – VII.- Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Plantearse la conveniencia del estudio de la Teoría General del Derecho Procesal, en el siglo XXI, no hace más que plasmar la importancia que dicho tema tiene, y suscitarse una serie de cuestiones que, por motivos obvios de espacio y prudencia, sólo podemos aquí sugerir muy sintéticamente, pero que resultan fundamentales para llegar a una solución acerca de la conveniencia o no del estudio de esta materia, y su aplicabilidad al resto de las ramas del Derecho Procesal. Y sólo plantearemos sugerencias, pues, tomando prestadas las palabras del prof. Fenech, se evitará obtener conclusiones definitivas de tipo conceptual, que exigen, en esta materia, una madurez científica alcanzable con el tiempo y con una experimentada incursión, en profundidad, en las distintas materias o ramas del tronco procesal y aún jurídico-procesal, de la que, confesamos, aún nos hallamos lejos.

Será, así, necesario cuestionarse no sólo lo que entendemos por Teoría General del Derecho Procesal, y adoptar una posición acerca de su propia existencia, sino, y tan relevante como lo anterior, establecer un esbozo del contenido mínimo que entendemos se debe dar a dicha Teoría General, pues del mismo se derivará su aplicabilidad a las distintas disciplinas que configuran el Derecho Procesal, especialmente – ya adelantamos – al proceso penal.

(*) Professora de Direito Processual da Universidade de Cantabria – Espanha.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION623 623 4/10/2007 14:40:46

No se puede, no obstante, confundir la existencia misma de la Teoría General con la conveniencia de su estudio de manera independiente al propio análisis de las diversas ramas del Proceso, aunque normalmente vayan de la mano la afirmación de la existencia de aquella y la necesidad de su estudio como elemento previo que permita la profundización en los diversos aspectos de éstas.

Hay, indudablemente que encuadrar el estudio de la Teoría General que nos ocupa dentro de la Teoría General del Derecho[1], pues como acertadamente indica Morello, "para la explicación racional de la fenomenología del proceso, no es correcto, ni siquiera conveniente, manejarnos exclusivamente con el instrumental contingente de un saber parcializado y particular, como es el de la teoría procesal, pues ello determinará un cientifismo estéril"[2]; pero sólo encuadrarlo, pues la creación y estudio de esta Teoría General del Derecho, no corresponde al procesalista, sino al cultivador de la filosofía jurídica[3], y por lo tanto, no presupone o permite prescindir de la Teoría General del Derecho Procesal.

Antes de continuar adelante, es importante tener en cuenta que polemizar sobre dicho planteamiento no supone entregarse, como afirma algún autor[4], a ociosas sutilezas teóricas, como enseguida comprobaremos.

II. POSICIONES DUALISTA Y UNITARIA RESPECTO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL.

Tal y como indicara Alcalá-Zamora, utilizando terminología de nuestra disciplina, es menester, antes de ocuparse de la Teoría General del Derecho Procesal, atender a un artículo de previo y especial pronunciamiento[5], que no es otro que el de la unidad o diversidad del propio Derecho Procesal, pues de la respuesta que se dé dependerá, en gran medida, que se pueda hablar o no de dicha Teoría General.

No es nuestro objetivo hacer en este momento un recorrido pormenorizado y exhaustivo por cada una de las argumentaciones de las distintas posiciones al

1. Pues como afirma CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio del Derecho Procesal,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, pág. 17, entre las ramas de las ciencias jurídicas, encontramos la que corresponde al Derecho Procesal. En igual sentido, vid. GOMEZ LARA, C., *Teoría General del Proceso,* Novena edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios – HARLA, México D.F., 1996, pág. 28; para quien la Teoría General del Proceso, no es sino un capítulo de la Teoría General del Derecho.
2. MORELLO, A.M., *La eficacia del proceso,* 2 ed. ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 142.
3. Vid. GUASP, J., *Concepto y método de Derecho Procesal,* Cívitas, Madrid, 1997, pág. 56.
4. CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio…,* ob.cit., pág. 42.
5. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "Teoría General del Proceso y la enseñanza del Derecho Procesal", en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972),* Tomo I, núms. 1-11, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, pág. 525 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION624 624 4/10/2007 14:40:47

respecto, sobre las que, además, existen excelentes estudios[6], sino, simplemente, plasmar de forma genérica la existencia de de las distintas posturas, indicando en cual de ellas encuadraremos nuestra posición.

El planteamiento del problema exige afirmar, o encuentra su origen en la existencia de diversas ramas dentro del Derecho Procesal – así nos encontraremos con la rama del proceso civil, del penal, del laboral y del contencioso-administrativo –; pero ¿la existencia de las mismas excluye, por ese simple hecho, una consideración unitaria del Derecho Procesal?

De la respuesta, como ya se ha indicado, dependerá, no sólo la afirmación de la propia existencia de la Teoría General del Derecho Procesal sino una posición científica y metodológica que tendrá importantes repercusiones, también, entre otras cuestiones, en la docencia y estructura de la asignatura de Derecho Procesal.

Nuevamente nos remitimos a Alcalá-Zamora[7], pues fue él quien incidió en cual debía ser la visión a seguir para resolver el problema, al afirmar que el mismo no podía ser planteado en términos cuantitativos de presente, es decir, averiguando si hoy predomina una u otra corriente, sino que se debía plantear en términos cualitativos de futuro, dilucidando qué tendencia debía prevalecer, con vistas al mañana, por ofrecer evidentes ventajas; aunque añadiríamos: sin perder de vista el pasado, del que se obtendrán provechosas enseñanzas, sin caer por ello, o eso esperamos, en el "adocenamiento y vulgaridad" denunciado por MORELLO[8], de quienes se resignan a sumergirse en una de esas épocas cumulativas, cargadas de conceptos, que caen en la excesiva obediencia hacía los maestros de lauro.

A. Posición dualista

Vamos a analizar inicialmente las tesis dualistas, también denominadas tesis segregacionistas, disgregadoras o separatistas, expresiones éstas que, entendemos,

6. Así, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría General…,* ob.cit., Tomo I, analiza extensamente los argumentos esgrimidos por la corriente diversificadora, pág. 543 a 561, e igualmente los de la posición unitaria, pág. 561 a 581. Con respecto a esta última postura, vid, también, GOMEZ LARA, C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 28 a 31; FAIREN GUILLEN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales,* Bosch, Barcelona, 1990, pág 1 a 17; DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade do processo,* 5 ed, Malheiros Editores, Sâo Paulo, 1996, pág 58 a 66. Un análisis de las razones de la existencia de dichas corrientes, en CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el Proceso Penal,* Trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1961, pág. 15 a 21 y 44 a 50; ARAGONESES ALONSO, P. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción),* 2 ed., EDERSA, Madrid, 1997, pág. 325 y ss.
7. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría General…,* ob.cit., Tomo I, pág. 543.
8. MORELLO, A.M., *La eficacia…,* ob.cit., pág. 114.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION625 625 4/10/2007 14:40:47

responden mejor al problema que se nos plantea, dado que las mismas no se centran exclusivamente en el binomio proceso penal-civil, sino que suscitan la cuestión respecto a cualquier otro tipo de proceso[9], es decir se extienden también al proceso laboral y al contencioso-administrativo.

Minoritarios o no, han sido varios los autores que han defendido, con más o menos vehemencia, las tesis separatistas, siendo, en su mayoría, procesalistas penales. Este hecho ya pone de manifiesto una visión que, aunque en muchos casos puede calificarse de magnífica doctrinalmente, es limitada estrictamente a la rama correspondiente del proceso penal, por lo que se produce un aislamiento con respecto al resto de las ramas del Derecho Procesal, sin que se analice el problema desde una visión de conjunto[10].

Precisamente, se indica[11], como una de las causas originadoras de las tesis dualistas, el hecho de que, en determinados países, especialmente Italia[12] y Alemania, el procesalista penal estuviera vinculado a la Cátedra de Derecho Penal, desde la que se explicaba, en el mejor de los casos, como complemento a la materia sustantiva el procedimiento criminal, de ahí que autores como Florian denuncien que la cuestión de la unificación del Derecho Procesal era una maniobra de los procesalistas civiles para absorber el enjuiciamiento criminal[13]. Se trataría de una "lucha por arrancar el proceso penal del campo penal para incorporarlo a las ciencias procesales"[14].

Olvidémonos de esta postura tan beligerante[15], y vayamos a las cuestiones procesales en las que se basa la afirmación hecha por los seguidores de las tesis

9. A pesar de que, como ya advirtiera ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., con LEVENE, R. (Hijo), *Derecho Procesal Penal,* Tomo I, Editorial Guillermo Kraft, Buenos aires, 1945, pág. 37, puede circunscribirse al contraste de proceso civil y proceso penal, tanto porque son los dos sectores más importantes y que cuentan con mayor bibliografía, como porque, en términos generales, las enseñanzas y conclusiones que, de confrontarlos, se extraigan, se extienden sin la menor dificultad a otros dominios procesales.
10. Como dijera ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría General…,* ob.cit., Tomo I, pág. 528-529: "El que se aísla de la contemplación de un territorio exiguo, además de exagerar a menudo su importancia, convirtiéndolo en el ombligo del mundo, olvida la visión de conjunto y, con el, las semejanzas, e incluso identidades que presente con campos colindantes". Precisamente, el autor, postula, en pág. 595 de la obra citada, como una de las ventajas de la posición unitaria, la mejor comprensión de los fenómenos procesales, al evitar el aislamiento que supone la contemplación de un solo enjuiciamiento, facilitándose el desplazamiento de los procesalistas de una rama a otra cualquiera de ellas.
11. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría General…,* ob.cit., pág. 583 y ss.
12. Precisamente, sobre la autonomía didáctica del Derecho Procesal Penal, en Italia, y su evolución, vid, PISANI, M., *Introduzione al Processo Penale,* Giuddré Eidtore, Milano, 1988, pág. 3 y ss.
13. FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal,* Bosch, Barcelona, 1934, pág. 22.
14. En expresión de ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho Procesal. Introducción,* 2. ed, EDERSA, Madrid, 1997, pág. 329, siguiendo a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. y LEVENE, R. (Hijo), en *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 39.
15. De la que hoy por hoy todavía podemos contemplar alguna muestra aislada, que, aunque no directamente relacionada con la postura dualista, la misma subyace tras aquella. Así, por ejemplo la polémica surgida,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION626 626 4/10/2007 14:40:47

dualistas, de que el proceso civil y el proceso penal son dos instituciones distintas entre las que es inadmisible la identidad.

Entre los defensores de las tesis dualistas[16] nos encontramos, entre otros, a Florian y Manzini, a los que haremos referencia, brevísimamente, por entender que sintetizan la postura que representan.

Quizá sea Florian el autor más vehemente en su defensa. Entiende que se da una "comunidad externa y formal" entre el proceso penal y el civil, pues se dan algunas coincidencias entre ambos, pero por ello no se puede afirmar su unidad, y los que así lo hacen parten de un equívoco, "pues toman en consideración algunas formas comunes de mínima importancia, mientras se descuidan elementos diferenciales que son los decisivos"[17]; sobre todo en lo que respecta al objeto del proceso penal – que es una relación de Derecho Publico –, a la falta de contienda de las partes, al restringido poder dispositivo de las partes y el carácter necesario del proceso penal. Todo ello lleva al autor a afirmar que el Derecho Procesal Penal es una rama del Derecho Público, directamente relacionado con el Derecho Penal pues representa la realización legal de éste.

Manzini, menos radical que el anterior, admitiendo relaciones de intercambio y de influencia recíproca entre ambos procesos, está muy lejos de acoger el

---

con respecto a la prisión atenuada, entre, de un lado ALVAREZ GARCÍA, F.J. y QUERAL JIMENEZ, A., "La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931", *Diario La Ley,* año XXVI, núm. 6174, lunes, 24-enero-2005; y de otro ASENCIO MELLADO, J.M., "Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad", *Diario La Ley,* año XXVI, núm. 6211, miércoles, 16-marzo-2005. En la contestación de éste último, en los primeros párrafos de su análisis se puede observar el tono y alcance de la polémica; por ello reproducimos aquí parcialmente uno de esos párrafos: "El pasado día 24 de enero apareció en este Diario LA LEY un artículo firmado por los Profesores Álvarez García, penalista y Queralt Jiménez, constitucionalista, en el cual, y con ocasión de un estudio relativo a la «prisión atenuada», se descalificaba a los procesalistas de manera excesivamente dura, innecesaria y sobre todo gratuita. Una respuesta a dichos comentarios me parece obligada, pero, desde luego, sin caer en el mismo estilo, que no es de recibo entre profesores universitarios. Se nos imputaba por estos profesores, de manera explícita, habernos empeñado muy poco en la defensa de los derechos fundamentales y haber hecho dejación de nuestras responsabilidades y del papel que nos exige la sociedad. Estas calificaciones no responden en modo alguno a la realidad, carecen de justificación y sólo cabe imputarlas, a la vista de las citas que se efectúan en el artículo, a la falta de lectura, al desconocimiento de las aportaciones que en nuestra materia se han realizado al tema, tanto las más recientes, que se obvian por completo, cuanto las más clásicas, de obligado conocimiento en el ámbito del Derecho procesal. No obstante, no cabe imputar a penalistas y constitucionalistas esta falta de atención, ya que la prisión provisional, como medida cautelar, es parte del Derecho procesal, por lo que, salvo excepciones muy contadas, profesores de otras materias, y a pesar de cierta autocomplacencia, carecen del tiempo y de la formación necesarias para su seguimiento y comprensión".

16. Abordadas en profundidad como ya se ha indicado por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N, *Estudios de Teoría General…,* ob.cit., Tomo I, pág. 543 a 558; ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho…,* ob.cit., pág. 332 a 340.
17. FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal,* Bosch, Barcelona, 1934, pág. 20 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION627 627 4/10/2007 14:40:47

concepto de unidad esencial, que para él se reduce al principio relativo a la intervención de la garantía jurisdiccional[18]. También establece la diferencia esencial entre el proceso civil y el penal en el objeto de uno y otro, siendo en el primero una prestación de Derecho Privado, mientras que en el penal es la pretensión punitiva del estado, derivada del hecho previsto en la ley como delito[19]; pero una de las diferencias que resalta entre los dos procesos es el concepto de parte que no conserva en el proceso penal el valor que tiene en el proceso civil, no coincidiendo, ni siquiera con el concepto de sujeto procesal[20].

No faltan autores que no manifiestan claramente por cual de las dos posiciones optan, no por plantear una tesis ecléctica, sino porque, restando importancia a la oposición entre las tesis dualistas y unitarias, parten de lo que parece una teoría unitaria, pero ponen tal énfasis en la manifestación de las diferencias sustanciales entre el proceso civil y el penal, que parece, finalmente, que siguen una posición dualista, como ocurre con Leone[21].

B. Posición unitaria

La posición unitaria, como su propio nombre indica, aboga por una unidad esencial del Derecho Procesal[22], en cuanto a la posibilidad científica de una consideración celular de los conceptos, instituciones y principios fundamentales y

18. MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, pág. 124 y ss. Aunque según el propio autor, por este camino se puede reducir toda función pública a la unidad esencial, ya que todas provienen del ejercicio de la soberanía, que siempre es única.
19. MANZINI, V., *Tratado de Derecho…,* ob.cit., Tomo I, págs. 109-110.
20. MANZINI, V., *Tratado de Derecho…,* ob.cit., Tomo II, Buenos Aires, 1951, págs. 4-5. Con respecto al sujeto pasivo del proceso penal, vid. en la misma obra, tomo II, pág. 381 y ss.
21. LEONE, G., *Tratado de Derecho Procesal Penal. I. Teorías generales,* Trad: Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1989. El autor, tras manifestar la autonomía del Derecho Procesal Penal con respecto al Derecho Penal (págs. 9-10), quita hierro al enfrentamiento entre dualistas y unitaristas, afirmando (págs. 15-16) que todo induce a reconocer necesariamente que los puntos fundamentales, los pilares, del ordenamiento procesal, son comunes a ambos tipos de proceso. La unificación del estudio y de la sistemática de dichos pilares conduce al reconocimiento de la legitimidad, y hasta de la utilidad, de aquella Teoría General del Proceso. Pero, después, LEONE afirma que no se puede dudar, a la vez, de que amplísimas y hasta sustanciales diferencias se encuentran en los dos procesos. Estas diferencias deben ser consideradas a fin de confirmar la diversidad de las dos reglamentaciones, pues sólo de éste modo, lo que parecía un grave e insoluble problema, se presta dócilmente a ser desposeído de toda importancia. Parece que lo que es desposeído de importancia es la propia Teoría General del Derecho Procesal; y precisamente por ello hemos hecho referencia al autor dentro de las posiciones dualistas, a pesar de que ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, pág. 544, le sitúe, junto con BELLAVISTA Y FOSCHINI, a medio camino entre los dualistas y unitarios.
22. Aún cuando CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio…,* ob.cit., pág. 42. indica que se habla impropiamente de la unidad del Derecho Procesal, cuando, en todo caso, correspondería expresar: unidad de las diversas ramas que lo integran.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION628 628 4/10/2007 14:40:48

a la exposición conjunta de los mismos; aunque dicha afirmación no nos puede llevar a sostener la "identidad" de todas las ramas que lo componen; de hecho, la mayor parte de los autores que defienden esta postura parten de las hondas diferencias existentes[23] entre el proceso civil, el penal, el laboral y el contencioso-administrativo; y, precisamente por ello, entienden necesaria la formulación de unos conceptos generales que sean aplicables a todos ellos, sin perjuicio de las peculiaridades que cada uno presente; pues, como afirmara Dinamarco, siguiendo la arbórea metáfora Carnelutiana, aquellos son independientes a partir del punto de inserción en el tronco común, más la sabia que viene del tronco es una sola, es un poder, que alimenta todas las ramas. A partir de aquí cada una toma su dirección, pero nunca dejará de ser una rama del árbol del proceso, no podrá aislarse del sistema[24].

El sostener la unidad del Derecho Procesal, desemboca en la afirmación de la existencia de una Teoría General del Derecho Procesal, pues como mantuviera Gomez Lara[25], son conceptos autoimplicativos, que se necesitan recíprocamente uno al otro; por eso es deseable que todo enfoque de las materias procesales se haga partiendo de la base común que ofrece la Teoría General del Derecho Procesal.

Parece conveniente, por lo tanto, que la misma debe ser abordada con carácter previo[26], situándose por encima de cada una de las ramas del Derecho Procesal[27], aportando los conceptos generales, que deberán evitar ser definidos

23. Así, entre otros, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "Trayectoria y contenido de una Teoría General del Proceso", en *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, pág. 514-515 y, también, 570 y ss; y del mismo autor, *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 41; CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el Proceso Penal,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. pág. 18 y ss y 44 a 46; CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio…,* ob.cit., pág. 41 y ss; ARAUJO CINTRA, A., PELLEGRINI GRINOVER, A., y DINARMACO, C.R., *Teoria Geral do Processo,* 13 ed., Malheiros Editores, Sao Paulo, 1997, pág. 49; DEVIS ECHANDÍA, H., Principios fundamentales del Derecho Procesal Penal, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana,* IV – 1982, pág. 537 a 606; ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho…,* ob.cit., pág. 325 y ss; VESCOVI, E, *Manual de Derecho Procesal,* 3 ed., Idea, Montevideo, 1994; y en la misma línea, pero con más pretensiones filosóficas, BARRIOS D´ANGELIS, D., *Teoría General del Proceso,* Buenos Aires, 1985. Todos ellos, admitiendo la diversidad entre las diferentes ramas del Derecho Procesal, entienden que dicha diversidad no excluye la posibilidad científica de una consideración unitaria.
24. DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade…,* ob.cit., pág. 73 y ss.
25. Vid. GOMEZ LARA, C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 27 y ss.
26. Es preciso tener en cuenta, no obstante, que una cosa es abordar metodológicamente la Teoría General del Derecho Procesal, y otra distinta como se llegue a la construcción de la misma, pues en este sentido, tanto vale el método deductivo, mediante la comparación de las diversas ramas procesales, propuesta por CARNELUTTI, F., *Cuestiones…,* ob.cit., pág. 49-50, como el que sigue el camino inverso, aunque, de hecho, y tal y como indicara DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade…,* ob.cit., pág. 60, en la Teoría General del Proceso se han de coordinar generalizaciones inductivas con particularizaciones deductivas.
27. ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho…,* ob.cit., pág. 332, siguiendo a CARNLETUTTI, F., "Para una teoría general del proceso", *Revista de Derecho Procesal (Argentina),* 1948, núm. I, pág. 1 y ss, también en *Cuestiones sobre el proceso…,* ob.cit., pág. 41 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION629 629 4/10/2007 14:40:48

tautológicamente, desligando los mismos de cualquier regulación positiva, incluso de las propias Leyes fundamentales nacionales[28], o al menos quedando, ese Derecho positivo relegado a un papel "ilustrativo pero secundario", como mero punto de referencia, lo que permitirá, además, que, libre de amarras, se pueda llevar a cabo un tratamiento supranacional[29]; se tiende pues a la "universalización, superando las limitaciones espacio-temporales del ese Derecho positivo"[30].

Todo ello implicará que esta Teoría General del Derecho Procesal tenga un alto grado dogmático y teórico, lo que no puede llevarnos, como advierte Fix Zamudio, hasta elevarnos a tal punto sobre los aspectos particulares que se lleguen a crear abstracciones ajenas a la realidad[31], o en palabras de Alcalá-Zamora, que nos lance a una "navegación interplanetaria o estratosférica"[32] por las regiones de esa abstracción.

En realidad, la mayor o menor validez de la Teoría General del Derecho Procesal dependerá en gran medida del contenido que a la misma se otorgue, pues, en relación con lo afirmado en el párrafo anterior, el darle una extensión excesiva, nos llevará a forzar la esencia de los conceptos, de manera que éstos, posteriormente, colisionarán con las distintas ramas a tratar dentro del Derecho Procesal específico; mientras que darle un planteamiento demasiado escaso, hará que dicha Teoría General no tenga, por su generalidad, mayor relevancia con respecto de aquellas. Tanto una como otra solución propiciarán que se diluya su fuerza integradora[33], consiguiendo, por tanto, el efecto contrario del perseguido.

No podemos olvidar el fin buscado con el planteamiento de una Teoría General del Derecho Procesal, es decir, su "utilidad"[34], pues una vez asentados los conceptos y principios fundamentales comunes a las diversas ramas, los mismos deben repercutir en el enriquecimiento de aquellas. La Teoría General serviría

28. A pesar de la opinión contraria, a este respecto, de FENECH, M., *Derecho Procesal Penal,* 3 ed., Editorial Labor, Barcelona, 1960, pág. 32, pues no se puede hacer depender la Teoría General de la regulación constitucional de cada país, aunque la misma, como indicamos, deberá tener un papel ilustrativo secundario, como punto de referencia.
29. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría….,* ob.cit., Tomo I, pág. 511.
30. DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade…,* ob.cit., pág. 58 y ss.
31. FIX ZAMUDIO, H, *Metodología, docencia e investigación jurídicas,* Porrúa, México, 1997, pág. 182, y en sentido similar FENECH, M., *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 23, para quien esto es lo que ocurrirá, igualmente, si se sigue una tendencia nominalista a la hora de averiguar el contenido y naturaleza del Derecho Procesal, pues se lograrán de esta manera conceptos ideales sin correspondencia con la realidad.
32. ALCALÁ-ZAMORA, N., *Estudios de Teoría…, ob.cit.,* Tomo I, pág. 511.
33. DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade…, ob.cit.*, pág. 67.
34. DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade…, ob.cit*., pág. 63 y ss. Para ALMAGRO NOSETE, J. con TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal,* Tomo I, Proceso Civil, 1, Trivium, Madrid, 1993, pág. 26, esta utilidad es precisamente uno de los límites del contenido de la Teoría General del Proceso, aunque referida a su valor pedagógico.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION630 630 4/10/2007 14:40:48

para evitar problemas no para producirlos, de ahí que algún autor afirme que dicha Teoría General deberá llegar hasta donde sea posible[35], pues el enfrenamiento de ésta con las distintas disciplinas a las que resulte aplicable en nada ayudan a la formación de un sólido armazón, que, como ya se ha mencionado, las debe de servir de base común.

Pero dado que uno de los puntos específicos del presente análisis consiste, precisamente, en el contenido de esta Teoría General, allí remitimos a tal fin.

A estas alturas ya habrá atisbado el lector que la que suscribe es partidaria de la posición unitaria del Derecho Procesal, y por tanto del mantenimiento de una Teoría General respecto al mismo, no sin ser consciente de los problemas que ello pueda plantear en su aplicabilidad a alguna de las ramas específicas que por ella se verán influidas. Correspondería, ahora, una vez indicado el rumbo, tomar el camino y echar andar sobre las bases que fundamenten esta posición, pero es imprescindible, con carácter previo, llevar a cabo la delimitación terminológica y conceptual que nos ocupará el siguiente epígrafe.

Pero este enfoque o dirección conceptual de la unidad del Derecho Procesal, no es el único desde el que se puede plantear la cuestión, pues hay autores, que junto a dicha unidad, en los términos expresados, abogan, también, por una unidad legislativa, en cuanto que regulación conjunta en un solo cuerpo normativo de todo el Derecho Procesal[36].

Hacemos esta observación pues entendemos que este aspecto de la unidad, a pesar de ser defendido decididamente por un sector doctrinal[37], no resultará determinante de la posición unitaria.

Encontramos antecedentes históricos legislativos en los que se regulan conjuntamente distintos enjuiciamientos, e incluso normas de organización judicial[38], pero en el momento actual hemos de afirmar que la mayor parte de las regulaciones positivas, salvo excepciones contadas – como el Rättegangsbalk de

35. FIX ZAMUDIO, *Metodología, docencia…,* ob.cit., pág. 183.
36. No en el sentido de unificación a que hace referencia CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio…,* ob.cit., pág. 43 y ss, como uniformidad en la aplicación territorial de un código nacional; lo que resulta un problema de difícil solución en un país como Argentina, en el que la unificación ha supuesto un anhelo para parte de su doctrina desde el intento de Eduardo Costa, siendo Ministro de Justicia, en 1866. Vid. sobre dicha unificación, LEVENE, R. (h), *La reforma y la unificación procesal penal argentina,* Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1967, pág. 15 a 18 y 45 y ss.
37. Entre otros, FAIREN GUILLEN, *Doctrina General…,* ob.cit., pág. 1, 2, 13 y 14; GOMEZ LARA, C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 30-31.
38. Así, puede consultarse una indicación de los mismos en FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General…,* ob.cit., págs. 1 y 2; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría General…,* ob.cit., Tomo I, págs. 541 y 542 y 561 a 563; del mismo autor, con LEVENE, R. (Hijo), *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 47, nota 89; GOMEZ LARA, C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 31.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION631 631 4/10/2007 14:40:48

Suecia[39] –, optan por una diversificación de normativas, relativas a cada una de las ramas que forman el Derecho Procesal, sin que ello suponga un impedimento para afirmar la unidad del mismo y abogar por una Teoría General. De hecho, ya hemos afirmado que esta debe ser construida sin referencia específica a Derecho positivo alguno, lo que demuestra no que la misma no pueda ser recogida en un cuerpo único, sino que el mismo no es determinante para la afirmación y creación, de carácter previo, de aquella. No compartimos, en este sentido, la afirmación de Aragoneses[40], en cuanto a que la unidad legislativa sea el mayor grado de intensidad al que puede llegar la unificación, pues ese grado máximo se alcanzará mediante la creación doctrinal de una base común lo más sólida posible, aplicable a todas las realidades del proceso, con independencia de que la misma tenga su última plasmación en un código único o no. Tampoco compartimos la afirmación hecha por Gomez Lara[41], para quien la diversificación legislativa ha llegado a extremos sumamente deplorables y negativos, pues, aceptando el calificativo con respecto de algunas leyes, entendemos que el mismo no se otorga por la diversidad, sino por la mala calidad y falta de coordinación de aquellas.

Por lo tanto, no nos oponemos, en absoluto, a la legislación unitaria, pero entendemos que la misma no es elemento determinante para poder hablar de la existencia de una Teoría General[42], que estará basada en la unidad real del Derecho Procesal, y no en el hecho de que mismo se recoja en una única norma, que, además, en muchos casos provocará una extensión excesiva de un código en el que, una vez recogidos los conceptos y principios fundamentales, se irán dedicando paulatinamente títulos y títulos a las distintas disciplinas a las que aquellos se vayan a aplicar.

De igual forma que, como afirma GOMEZ LARA, no hay un argumento válido para defender la necesidad de legislaciones diversificadas, tampoco lo hay para mantener la postura contraria.

III. DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA Y CONCEPTUAL

Lo primero que resulta oportuno delimitar es la denominación que va a ser empleada, pues la terminología al uso es muy variada[43] y su elección no es una cuestión baladí.

---

39. Sobre el mismo vid. FAIREN GUILLEN, V., *Problemas actuales de Derecho Procesal. La defensa, la unidad, la complejidad,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.
40. ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho…,* ob.cit., pág. 326.
41. GOMEZ LARA, C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 31.
42. En el mismos sentido que GOMEZ LARA, C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 29, a pesar de que el autor, posteriormente, abogue por la unificación legislativa.
43. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría General…,* ob.cit., Tomo I, p. 585 y 586.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION632 632 4/10/2007 14:40:48

En el presente trabajo se ha utilizado la expresión "Teoría General del Derecho Procesal"[44], por entender que mediante esta locución se sortean objeciones realizadas a otras similares[45], como es el caso de la Teoría General "del Proceso", en la que se pueden producir equívocos con acepciones no jurídicas del vocablo "proceso" [46]; o "Derecho Judiciario", que puede llegar a limitar o restringir el contenido del fenómeno que se pretende describir[47]. También con esta terminología se evita el posicionarnos de antemano sobre el contenido fundamental, o elemento principal, sobre el que pivota dicha Teoría General, lo que se podría alegar de términos como el, ya mencionado, de la Teoría General del Proceso, o Derecho Jurisdiccional[48].

No obstante, no se descarta, en absoluto, el uso de éstos o de otros nombres, más genéricos, como el caso de "Introducción al Estudio de Derecho Procesal"[49], que pone de manifiesto, como recordó Alcalá-Zamora[50], una enseñanza más elemental[51] que la que presupone el término Teoría General, no sólo con respecto al Derecho Procesal en particular sino al Derecho en general[52]. Ello, además,

---

44. En la dirección indicada por OVALLE FABELA, J., *Teoría General del Proceso,* Cuarta edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios – HARLA, México, 1996, pág. 53, siguiendo en este punto a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, pág. 512-513.
45. Siendo conscientes de que también esta expresión suscita problemas para FENECH, M., *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 33.
46. Como puso de manifiesto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, pág. 508-509.
47. Vid, ARAUJO CINTRA, A.C., PELLEGRINI GRINOVER, A. y DINAMARCO, C.R., en *Teoria Geral…,* ob.cit., pág. 46.
48. Vid. acerca de las cuestiones que suscita el mismo, FENECH, M., *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 33-34. Termino, también, usado para su manual por MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, para quienes, tal y como se puede leer en la pág. 21 de la citada obra: "si se trata de identificar a una rama jurídica atendiendo a su concepto principal, que es el poder judicial o jurisdicción, y no a un concepto subordinado, que es el proceso, dígase de una vez: Derecho Jurisdiccional". Para RAMOS MENDEZ, F., además, con el Derecho jurisdiccional se aporta un nuevo dato al proceso histórico en la evolución, y se apela a la solera de los siglos, a lo que siempre se denominó *iudicium* y no proceso, tomando el famoso "*Torniamo al giudizio"* de Carnelutti.

    Por tanto, entendemos que este término sólo sería admisible si con él se pretende poner de manifiesto una etapa jurisdiccionalista del Derecho Procesal, pero no si lo que se pretende es hacer referencia a una estructura conceptual en la que el Estado se sitúa por encima de los derechos de los justiciables.
49. Terminología utilizada en el magnífico trabajo de CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio…,* ob.cit..
50. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, pág. 586. Tampoco se puede olvidar otra razón que el autor da para el uso del término "introducción", pues, mal que nos pese y siendo casos aislados – o eso esperamos –, entiende que asustará menos a aquellos procesalistas con escasa formación doctrinal, para quienes la dogmática jurídica constituye un misterio, frente al que se defienden negándolo toda utilidad.
51. Sin que ese carácter elemental merme un ápice la calidad de los trabajos que a él se dedican, como lo demuestra el propio de Carlos, mencionado en nota anterior.
52. Así, LATORRE, A., *Introducción al Derecho,* Nueva edición puesta al día, Ariel, Barcelona, 1987, o D´ORS, A., *Una introducción al Estudio del Derecho,* Cuarta edición, Rialp, Madrid, 1979. Ambos

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION633 633 4/10/2007 14:40:49

puede llegar a ajustarse más adecuadamente a los planes de estudio en los que se dedica una asignatura introductoria al Derecho Procesal, en los primeros cursos; al igual que ocurre en las obras generales o Manuales sobre la materia, en donde la utilización de términos como: Introducción[53], Parte General[54], Sistema[55], etc, demuestra que son, todos ellos, eficaces y, sobre todo, expresivos a la hora de informar sobre el contenido de los mismos.

En cuanto a la delimitación conceptual de la Teoría General del Derecho Procesal, parece que hay cierta paz doctrinal en cuanto a lo que podemos entender por tal, que puede definirse, en un intento conciliador de los diversos conceptos propuestos, como la parte general de la ciencia[56] del Derecho, que se ocupa del sistema o la exposición de los conceptos, principios e instituciones comunes al Derecho Procesal en general, entendido desde su unidad, aplicables a las distintas disciplinas procesales específicas, los cuales pueden estudiarse en su aspecto genérico, sin perjuicio de los perfiles peculiares que presentan aquellas.

IV. CONTENIDO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL

Según la delimitación conceptual que acabamos de sugerir el contenido de la Teoría General se debe, pues, referir a tres cuestiones distintas: los conceptos, los principios y las instituciones comunes.

---

autores ponen de manifiesto, en los Prólogo de sus obras, que las mismas están dirigidas a estudiantes que van a iniciarse en el estudio del Derecho, aunque como preconiza Latorre, pág. 5, las mismas han trascendido al mero interés de aquellos.

53. Por mencionar alguna de las obras que utilizan esta expresión, solo con carácter ejemplificativo, y limitándonos a la doctrina española, vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho Procesal,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1990; ORTELLS RAMOS, M., JUAN SÁNCHEZ, R., y CÁMARA RUIZ, J., *Derecho Procesal. Introducción,* Edisofer, Madrid, 2006; GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal,* Colex, Madrid, 2003; DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción,* Tercera edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004. MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal,* Marcial Pons, Madrid, 2002.
54. Como es el caso de, los ya citados, MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional…,* ob.cit.
55. Así, RAMOS MÉNDEZ, F., *Sistema procesal español,* 7 ed., Atelier, Barcelona, 2005.
56. El calificativo de científico es utilizado por la mayor parte de la doctrina que se ocupa del tema, así, entre otros, OVALLE, pág. 52; CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio…,* ob.cit., pág. 26,29-30, 38; GOMEZ LARA, C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 28, ALCALÁ-ZAMORA, N. con LEVENE, R. (h), *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 25; LOZANO-HGIUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho Procesal,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 43 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION634 634 4/10/2007 14:40:49

Aunque, como ya advirtiera Alcalá-Zamora, no hay inventario[57], parece que**,** en lo que se refiere a los conceptos fundamentales, la doctrina es prácticamente unánime al afirmar que la Teoría General del Derecho Procesal debe tener un contenido mínimo basado en, lo que Podetti[58] llamó, "Trilogía estructural de la ciencia del proceso", es decir, los conceptos fundamentales de acción, jurisdicción y proceso[59].

No podemos olvidar que nos referimos a un contenido mínimo, o más bien inicial, al que se han ido añadiendo otra serie de conceptos que completan o complementan a los primeros, de modo que podríamos afirmar que la idea de tarea inacabada que algún autor[60] tenía, hace años, de la Teoría General del Proceso, aunque no concluida ni siquiera hoy, sí ha sufrido un significativo avance en su elaboración, sin que por ello se la pueda achacar una generalización inútil, pues, cuanto más se enriquece ésta – que no cuanto más se diluye –, más provechosa resulta a las distintas disciplinas a las que se aplica.

Por lo tanto, y ya estrictamente en cuanto al contenido, la Teoría General del Derecho Procesal, debería ser abordada, en primer lugar, llevando a cabo, a fin de no caer en una posición tautológica, ya advertida anteriormente, un análisis amplio de lo que se entienda por Derecho Procesal (concepto, contenido, fines, autonomía, fuentes…), así como su evolución o desenvolvimiento histórico, pues resulta imposible estudiar las instituciones fundamentales del proceso y afrontar sus grandes problemas, sin encuadrarlos en esta visión histórica[61].

---

57. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Ensayos de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, págs. 512 – 513, pues, en opinión del autor, CARNELUTTI marcó un rumbo, pero sólo consiguió esbozar su objetivo; y tampoco Goldschmidt, a pesar de que su trabajo lleva el título de *Teoría General del Proceso*, contiene un programa de lo que haya de ser, pues lo único que hizo fue exponer su propio ideario sobre el mismo. No podemos obviar, no obstante, que el propio Alcalá nos da en sus páginas un valioso guión. Se puede consultar en la obra citada, ALCALA-ZAMORA, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, pág. 588 a 590, la evolución del contenido de la Teoría General del Derecho Procesal, en cuanto a lo que deba entenderse por conceptos fundamentales.
58. PODETTI, J.R., "Trilogía estructural de la ciencia del proceso", *Revista de Derecho Procesal Argentina,* 1944, págs. 113 a 170.
59. Sobre los mismos se puede consultar bibliografía en PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., y ROGRÍGUEZ GARCÍA, N., *Guia Bibliográfica de Derecho Procesal,* Tórculo, Santigao de Compostela, 2005; RAMOS MENDEZ, F., *Derecho Procesal. Guía para el estudio y el trabajo científico y profesional,* Bosch, Barcelona, 1978; así como la que aporta el propio ALCALÁ-ZAMORA, N., en *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, en el suplemento bibliográfico, pág. 597 y ss, o LOZANO-HIGUERO PINTO, M., en la amplia y completa bibliografía de *Introducción al Derecho…,* ob.cit., pág. 225 y ss.
60. Vid. ALCALÁ-ZAMORA, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, págs. 512-513-517, para quien la teoría general era más una aspiración que una realidad, una meta a la que se marchaba pero a la que no se había llegado aún; dado que, por desgracia, ninguno de los conceptos fundamentales había logrado una elaboración definitiva y convincente; por ello el autor llega a afirmar que el Derecho Procesal se apoya en un trípode desvencijado.
61. Vid. VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal,* I, (3ª edic. /2ª reimpresión), Córdoba-Argentina, 1986, pág. 15. En el mismo sentido no podemos olvidar como CALAMANDREI, P., en *"El*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION635 635 4/10/2007 14:40:49

Una vez realizada esta tarea sería hora de acometer la trilogía de Podetti; y, entendemos que ello puede llevarse a cabo, bien partiendo del concepto de jurisdicción o bien haciéndolo desde el de proceso, sin que por ello se altere un ápice la validez de la exposición, siguiendo la regla matemática: el orden de los factores no altera el producto[62]. Sí parece, en cualquier caso, conveniente tratar la acción, con carácter posterior, al menos, al estudio del proceso, pues la misma carecería de sentido si no se incardina en éste, quedando por tanto más relacionada con el propio Derecho sustantivo que con el procesal.

Dentro de la Jurisdicción se puede abordar la propia función jurisdiccional desde sus diversas perspectivas, su unidad, así como las bases y principios en que se asienta.

Nos referimos aquí sólo al desarrollo de la Teoría General del Derecho Procesal, puesto que, desde el punto de vista metodológico y docente, puede ser conveniente, junto a las explicaciones genéricas sobre la Jurisdicción, proceder a la explicación específica de los órganos jurisdiccional y del personal jurisdiccional, sobre todo cuando la misma se desarrolle en los primeros cursos de la licenciatura, pues ello aportará a los alumnos una visión del aparato judicial que carece de sentido que sólo se les explique al final de sus estudios.

En cuanto al Proceso, que podríamos definir, siguiendo a Lozano-Higuero[63], como el vehículo formal y cauce metódico a través del cual se desenvuelven la acción y la jurisdicción; requerirá para su tratamiento el análisis de su carácter instrumental[64], desarrollado extensamente por Dinamarco[65], no sólo como concepto, sino como nuevo periodo evolutivo dentro del Derecho Procesal[66]; así como de su naturaleza jurídica, deteniéndose en las distintas doctrinas que sobre la misma se han ido planteado en el desarrollo del concepto, para, tras examinar

---

Maestro", Chiovenda, Recuerdo de Juristas, Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1952, pág. 92 y ss, recordaba las palabras de CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Trad. Gómez Orbaneja, I, Madrid, 1936, pág. 140, respecto a la necesidad de la visión o aproximación histórica. Precisamente lo que GÓMEZ ORBANEJA, E, Sobre una nueva entrega de los Comentarios de Guasp, *Revista de Derecho Procesal,* 1945, págs. 570-571, reprochara a GUASP, por renunciar a la consideración histórica de los preceptos procesales, ciñéndose exclusivamente a la dogmática.

62. No obstante pueden consultarse las diversas significaciones que la doctrina ha dado ha cada uno de estos conceptos en RAMOS MENDEZ, F., *Derecho y Proceso,* Bosch, Barcelona, 1979, pág. 243 y ss.
63. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho…,* ob.cit., pág. 157 y ss.
64. Pero con un objetivo integrador o unificador, no en la línea indicada por ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal,* Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 11 y 92, para quien tal carácter instrumental del proceso sirve para remarcar las importantes diferencias existentes entre la acción penal y la civil.
65. DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade….,* ob.cit.
66. ARAUJO CINTRA, A.C., PELLEGRINI GRINOVER, A. y DINAMARCO, C., *Teoría Geral…,* ob.cit., pág. 42-43.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION636 636 4/10/2007 14:40:49

los distintos tipos de procesos judiciales con los que nos podemos encontrar, finalizar considerando el proceso como sistema jurídico que garantiza el debido proceso legal (due process of law)[67], sin entrar, por supuesto, en las concretas manifestaciones que el mismo presenta en cada una de las ramas específicas del Derecho Procesal.

Por último, en lo relativo a la acción, además de plantear la polémica y aproximaciones teóricas sobre el concepto y analizar los elementos fundamentales de aquella[68], será necesario establecer su naturaleza desde una explicación unitaria y procesal de la misma, pues, de otra manera, no debería incluirse su estudio en esta Teoría General del Derecho Procesal. A pesar de las objeciones planteadas, entre otros, por Goldschmidt[69] y Gomez Orbaneja[70], entendemos que dichos reparos se pueden entender hoy superados, de forma que cabe incluir el concepto de acción en dicha Teoría General; bien como derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado, tal y como fue calificada por Alcalá-Zamora[71] y Fairen[72], y en términos semejante por otros autores[73], sin que por ello, la gran aportación de aquellos otros mencionados unas líneas más arriba, no supongan un avance trascendental para la rama específica del proceso penal; o bien entendiendo la acción como pretensión, y haciendo hincapié en su naturaleza de acto procesal, con independencia del poder o derecho del que emane la misma[74].

Pero, es difícil mantener en la actualidad que con el desarrollo mencionado se haya agotado aquí el contenido de la teoría general, pues hay muchas otras instituciones y conceptos que resultan fundamentales para la materia y que, de la misma manera que los anteriores, no sólo resultan de aplicación a las distintas

67. Que, como indica LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho…,* ob.cit., pág. 157-158, a pesar de tener raíz anglosajona fue hispanizado por COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 3 ed., Depalma, Buenos Aires, 1985*,* pág. 151, y *Estudios De Derecho Procesal Civil,* I, Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 58 y ss. Vid también este aspecto del proceso como garantía del debido proceso en ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho…,* ob.cit.*,* pág. 137 y ss.
68. Vid, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, *Estudios de Teoría…,* ob.cit., Tomo I, pág. 317.
69. GOLDSCHMIDT, J., *Principios Generales del Proceso. II. Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 49 y ss.
70. GÓMEZ ORBANEJA, E. La acción penal como derecho al proceso, *Revista de Derecho Privado,* núm. 3, 1948, pág. 97 y ss; *Comentarios a la LECrim,* II, Barcelona, 1951, pág. y 183 y ss y con HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal,* Madrid, 1984, pág. 86 y ss.
71. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., pág. 554-555.
72. FAIREN GUILLEN, V., *Doctrina General…,* ob.cit., pág. 77 y ss.
73. Así, LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho…,* ob.cit., pág. 142 y ss.
74. En la línea indicada por RAMOS MENDEZ, F., *Derecho y Proceso,* Bosch, Barcelona, 1978, pág. 84 y ss, siguiendo el camino marcado por GUASP, J., La pretensión procesal, *Revista de Derecho Procesal Argentina,* núm. I – 1951, pág. 463 y ss, que, también, puede consultarse en GUASP, J., *La pretensión procesal,* Cívitas, Madrid, 1981.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION637 637 4/10/2007 14:40:49

disciplinas que forman parte del Derecho Procesal, sino de necesario planteamiento previo al estudio de éstas.

Así, no cabe duda que tan relevante como los conceptos citados resulta la actividad procesal, en la que, siguiendo el guión planteado por ALCALÁ, se incluiría el análisis de los actos procesales y del procedimiento[75], incidiendo en su distinción con el propio proceso, en la línea marcada, especialmente, por Fazzalari[76] en los últimos años.

Igualmente necesario resulta el tratamiento de los sujetos procesales, incluyendo, a estos efectos, tanto al juzgador como a las partes, como mecanismo para afirmar y desarrollar la estructura triangular del proceso[77], que sería conveniente prevaleciese en este desarrollo de la Teoría General del Derecho Procesal. En este sentido, adelantamos el provecho de mantener, con respecto a las partes, un concepto estrictamente formal o procesal, es decir, que atienda a la posición de las mismas en el proceso, de manera que se evite la confusión entre las partes de la relación procesal con los sujetos de la relación sustancial controvertida, o con los sujetos de la acción.

Al objeto de obtener una visión globalizadora de todos los personajes del drama procesal, nos atreveríamos a sugerir la oportunidad de atender, en este momento, a otros sujetos que también desenvuelven su actividad en el proceso, como terceros, testigos, peritos, coadyuvantes y los profesionales forenses.

Que decir de la prueba de la que además existen magníficas obras generales[78]. No se trata aquí de abordar el análisis de los distintos medios de prueba, sino de

75. Lo que, como indicara ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* pág. 591, contribuirá a elaborar la teoría del procedimiento, que la escuela procedimentalista se dejó sin elaborar.
76. FAZZALARI, E., Voz: Procedimento e processo (teoria generale), en *Enciclopedia Giuridica,* Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, y con algunas variaciones, la misma voz en Enciclopedia del Diritto, XXXV, Prerogative-procedimento, Giuffré Editore, pág. 819 a 835.
77. Pues, como afirmara GOMEZ LARA. C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 32, en todo proceso encontramos la existencia de un tribunal o juez y de dos partes a él supeditadas; aunque matizaríamos la afirmación del autor, en cuanto que, en nuestra modesta opinión, no debe existir una contradicción efectiva de intereses, en un sentido agonístico o de combate, sino que simplemente será necesaria una contraposición procesal que no tiene porqué traer causa de la relación jurídica material, en el sentido indicado por CALAMANDREI, P., *Derecho Procesal civil, II. Instituciones de Derecho Procesal,* Vol. II, Trad: Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pág. 295-296, al abordar la situación del Órgano Púdico encargado de la acusación.
78. Sobre las mismas, además de las guías bibliográficas ya citadas, PEREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Guía Bibliográfica de Derecho…,* ob.cit.; RAMOS MENDEZ, F., *Derecho Procesal…,* ob.cit., vid, también ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., pág. 521, nota 52, y la abundante bibliografía sobre el tema que aporta PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 1996, pág. 393 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION638 638 4/10/2007 14:40:50

tratar la misma, no solo como institución fundamental del proceso, pudiendo hablar de derecho probatorio[79], sino, también, como garantía de los litigantes, pues ambos aspectos son aplicables a todos los ordenes jurisdiccionales[80].

Lo mismo podríamos afirmar de los medios de impugnación[81], que indiscutiblemente deberán ser analizados en el desarrollo que nos ocupa, no en cuanto al examen pormenorizado de los distintos recursos, sino de forma general, en cuanto a las clases y naturaleza de los mismos[82].

Y por último la cosa juzgada[83]. Sería imposible pretender una comprensión del Derecho Procesal sin analizar los efectos de esta institución, en el sentido de prohibición de la reiteración de procesos[84], hacia cuya búsqueda parte el proceso, y sin la cual, nada se hubiera conseguido, ni la seguridad jurídica que requiere el Derecho, ni los objetivos últimos de los participantes en el juicio.

Finalmente, los principios consustanciales al Derecho Procesal, aquellos que se han establecido como principios ideales, también deberán ser tratados en el ámbito de la Teoría General, pues los mismos coordinan y tutelan los conceptos que se han ido desarrollando anteriormente entre sí. De entre todos ellos, algunos autores[85] destacan el principio de contradicción o contradictorio (audiatur et altera pars)[86], no sólo por ser el que rige todo tipo de procesos en los estados democráticos contemporáneos, sino por ser el que impone al proceso su estructura dialéctica. Lógicamente habrá que atender, no sólo a este principio sino a todos aquellos que como esencia misma del Derecho Procesal, reflejen la unidad

79. Tal y como propone DEVIS ECHANDÍA, H., Principios fundamentales del Derecho Procesal Penal, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana,* IV – 1982, pág. 537 y ss, junto con el término pruebas judiciales; éste último el elegido para su *Teoría General de la prueba judicial,* Quinta edición, Victor P. de Zabalia, Buenos Aires, 1981 (2 tomos).
80. Vid. OVALLE FABELA, J., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 54, y PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba…,* ob.cit., pág. 30 y ss.
81. Como propugna GOMEZ LARA, C., *Teoría General…,* ob.cit., pág. 33, en el sentido en que en todo proceso existe un principio general de impugnación.
82. De opinión contraria, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal,* Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 10.
83. Cuya inclusión en la Teoría General del Derecho Procesal es mantenida por una gran parte de la doctrina, así, entre otros, vid. ARAUJO CINTRA, A.C., PELLEGRINI GRINOVER, A. y DINARMARCO, C.R., en *Teoria Geral…,* ob.cit., pág. 48-49;
84. Expresión en que NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada,* Atelier, Barcelona, 2006, pág. 288-289, resume el único fenómeno extensible a los diferentes ámbitos de la institución, que resulta única para cualquier orden jurisdiccional. La lectura de la obra resulta imprescindible para la comprensión de la cosa juzgada y, además, recoge una completa bibliografía sobre el tema.
85. Así, OVALLE FABELA, J., *Teoría General…,* ob.cit., págs. 54-55.
86. Sobre dicho aforismo, vid. DOMINGO, R. y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos,* Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 28.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION639 639 4/10/2007 14:40:50

proclamada de éste[87], y que por tanto sean de aplicación a los distintos órdenes jurisdiccionales; es decir, los principios generales o fundamentales del Derecho Procesal[88].

V. APLICABILIDAD DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL A LAS DISTINTAS RAMAS DEL MISMO

Puede parecer una obviedad cuestionarse el problema de la aplicabilidad de la Teoría General del Derecho Procesal a las diversas disciplinas que lo integran cuando se ha partido no sólo de la afirmación y defensa de dicha Teoría General sino que se ha asentado esta en la concepción unitaria, de la que necesariamente se ha de arrancar para llegar hasta aquella como consecuencia lógica de la misma.

No obstante parece relevante abundar en algunas de las cuestiones mencionadas en relación con determinadas ramas procesales, al objeto de fortalecer la afirmación de la aplicabilidad de dicha Teoría General.

A. Proceso Civil

No parece que se plantee, ni se haya planteado nunca, problema alguno en cuanto a la citada aplicabilidad con respecto al proceso civil, pero es imprescindible llevar a cabo una importante delimitación de la Teoría General con respecto al mismo.

No cabe duda de que el desarrollo del proceso civil ha influido decisivamente en la creación de dicha Teoría, y que en algunas ocasiones han ido parejos sus respectivos desarrollos, pero esto no debe llevarnos al error de afirmar que la Teoría General del Proceso es la del Proceso Civil.

Mantenía Guasp, y en esto mostramos un total acuerdo con él, que los temas fundamentales de Derecho Procesal eran trabajos que se habían desarrollado dentro del proceso civil[89], pero no compartimos que las nociones genéricas

87. Vid. DEVIS ECHANDÍA, H., Principios fundamentales del Derecho Procesal Penal, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana,* IV – 1982, pág. 537 y ss.
88. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción…,* ob.cit., pág. 173, propone una amplia y sugerente clasificación que sustenta los tres pilares: acción jurisdicción y proceso; distinguiendo los principios de cada uno de ellos, no obstante, como el autor indica, tratar en apartado subsidiario la singularidad y especial coloración o relieve que alcanzan en el proceso penal. Véanse, también, dichos principios fundamentales, desarrollados pormenorizadamente, en ARAUJO CINTRA, A.C., PELLEGRINI GRINOVER, A. y DINAMARCO, C.R., *Teoria Geral…, ob.cit.,* pág. 50 y ss.
89. Vid. GUASP, J., *Concepto y método…, ob.cit.,* pág. 157.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION640 640 4/10/2007 14:40:50

indispensables para la comprensión unitaria de la fórmula Derecho Procesal se puedan incluir, sin más, en los temas de la introducción del proceso civil, dada la mayor importancia que este tiene en cuanto a elaboración científica. Creemos que en los albores de este siglo, ya no se puede afirmar, o al menos no con tanta rotundidad, que el proceso penal siga siendo una Cenicienta; de hecho fue el mismo Carnelutti el que abogó por su posición de igualdad con respecto al proceso civil, al afirmar que ninguna de las dos ciencias debe vivir a expensas de la otra, más bien una y otra deben rendirse mutuos servicios[90].

Una cosa es que, en efecto, algunos de los conceptos fundamentales hayan surgido originariamente dentro del acerbo doctrinal del proceso civil y otra muy distinta que el concepto aplicado específicamente al proceso civil sea válido, sin más, al resto de los procesos jurisdiccionales con los que nos podamos encontrar[91]. Precisamente porque ello no es posible, se hace necesaria la Teoría General del Derecho Procesal, pues no consiste en trasvasar los conceptos, instituciones y principios del Proceso Civil al Proceso Penal, sino que, una vez se ha llevado a cabo un profundo estudio de sus diferencias, se obtienen los elementos comunes aplicables a ambas ramas, que serán, precisamente, el contenido de aquella Teoría General. Sólo así el enfoque de las diversas materias procesales podrá llevarse a cabo partiendo de la base común ofrecida por la Teoría General, y no desde del proceso civil.

B. Proceso Penal

Para analizar los problemas que se plantean en cuanto a la aplicabilidad de la Teoría General al Proceso Penal, hemos de centrarnos en los alegatos planteados por aquellos que niegan el carácter unitario del Derecho Procesal, pues todos los que abogan por la teoría General del Proceso, y que por tanto parten de una visión unitaria, no observan problemas en dicha aplicación.

Las objeciones planteadas por los seguidores de la posición dualista o disgregadora parten de las profundas diferencias que aprecian entre el proceso civil y el penal, lo que demuestra que lo afirmado en el epígrafe anterior, en cuanto a la confusión entre la Teoría General del Derecho Procesal y la del Proceso Civil, se

90. CARNELUTTI, F., *Cuestiones…,* ob.cit., pág. 19 y ss, y pág. 50, en la que el autor anuncia que la Teoría General del Proceso no podrá construirse más que con la colaboración perfectamente paritaria de los trabajadores de los dos campos, y, por tanto, con la renuncia de la ciencia procesal civil a cualquier derecho de primogenitura.

91. En este sentido se manifiesta FIX ZAMUDIO, H., ob.cit., págs. 176 y 183, al afirmar que si bien surgieron varios conceptos en la rama del proceso civil, de ninguna manera resultan privativos de la misma, ni los específicos de ésta última pueden pretenden extenderse de manera forzada a otras disciplinas.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION641 641 4/10/2007 14:40:50

da con más frecuencia de la deseada, pues dichas objeciones se deberían plantear con respecto a la aplicabilidad de los conceptos fundamentales aportados por la Teoría General.

En cualquier caso, los conceptos o instituciones en los que se centran dichas objeciones suelen ser, en líneas generales, referentes a los sujetos procesales y la actividad desarrollada por los mismos, al carácter indispensable del proceso penal, y en cuanto al objeto del proceso.

Sin querer ser simplistas, y esperamos no serlo, entendemos que el problema radica en que, para los seguidores de la posición dualista, la estructura triangular del proceso no se puede mantener con respecto al proceso penal; de ahí se deriva, no sólo que se planteen la inexistencia de partes en el proceso penal, sino la falta del poder dispositivo de las mismas y los problemas que se derivan de la acción.

Precisamente por esto, parece necesario detenernos, brevemente, en primer lugar, en la cuestión relativa a la existencia o no de partes en el proceso penal, y, de afirmar ésta, en qué sentido se puede proclamar la misma. Y este planteamiento resulta forzoso en un modelo como el nuestro, pues como ya afirmara Gómez Orbaneja[92], la discusión sobre este aspecto tiene sentido en aquellos sistemas que no son ni acusatorios puros, en los que es indiscutible la existencia de partes, ni inquisitivos, en los que no se puede sostener que se desarrolle el proceso entre ellas.

Si partiésemos del concepto civil de parte, entendiendo por tal la persona que interpone la pretensión procesal en nombre propio –o en cuyo nombre se interpone la misma – y aquella otra frente a la cual se interpone dicha pretensión[93], deberíamos afirmar rotundamente la no existencia de partes en el proceso

92. Vid. GÓMEZ ORGANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 63.

93. Vid. ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal Civil,* 4 ed., Pamplona, 2003, pág. 114; entre otros, ya que la postura de la Doctrina en cuanto al concepto de parte en el proceso civil es pacífica en lo esencial, aunque, claro está, con matices. Así, y por citar algunos autores españoles sin ánimo exhaustivo, GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil. I, Parte General,* Madrid, 1979, pág. 123, para quién las partes son: aquel que pide en nombre propio (o en cuyo nombre se pide) la actuación de la ley y la persona frente o contra la cual se pide. En el mismo sentido PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. *Derecho Procesal Civil,* Madrid, 1988, pág. 66, para quien las partes son los sujetos de un proceso que pretenden el otorgamiento de justicia o tutela jurídica. Para LORCA NAVARRETE, A.M., con LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General,* San Sebastián, 2002, pág. 42 y ss, el concepto de parte procesal integra la garantía de la tutela judicial efectiva, pues el ejercicio de la garantía a obtener la tutela judicial efectiva implica un vínculo entre quien tiene derecho a obtener esa tutela y la garantía de obtenerla

Interesante resulta también la lectura de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., "El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas", en *Estudios de teoría general e historia del*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION642 642 4/10/2007 14:40:50

penal. Pero se aprecian diferencias estructurales entre el proceso civil y el penal y su distinta estructura[94] hace imposible sostener tal afirmación[95], no sólo en cuanto al concepto de parte, sino en general, de los principios constitutivos de ambos procesos. Sobre todo, como se ha puesto de manifiesto por los autores[96], la diferencia proviene de que el *ius puniendi*, monopolizado por el Estado, no está atribuido a nadie ni configurado como acción, como lo están los derechos subjetivos atribuidos por el Derecho Privado, por cuanto nos encontramos con la imposibilidad de trasplantar el concepto desde el Derecho Procesal civil al penal[97].

Pero sí que se puede rescatar una idea que está en el sustrato de la Teoría General del Derecho Procesal, que resulta aplicable, no ya al proceso penal, sino al proceso como fórmula en si misma. Y es que el concepto de parte es un concepto procesal que se encuentra desligado de la relación jurídica material[98], de manera que las partes, como sujetos de la relación procesal[99], no deben confundirse con

---

proceso, I (núm.: 1-11), México, 1992, pág. 239 y ss ; del mismo autor, *Estudios diversos de Derecho Procesal,* Barcelona, 1987, en concreto, *Puntualizaciones al concepto de parte,* pág. 219 y ss; por último, y citado por el anterior autor como el tratadista que con mayor acierto ha indagado los problemas atinentes a las partes, HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* Vol. II, Leipzig, 1907.

94. Vid. CARNELUTTI, F. ***Derecho Procesal…,*** *ob.cit.,* I, pág. 55, y su método de la comparación interna, que permite apreciar, no sólo las semejanzas, sino también las diferencias existentes entre los dos tipos de proceso.
95. De distinta opinión, vid. IBAÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, M., ***Curso de Derecho Procesal…,*** *ob.cit.,* pág. 95, para quien la similitud entre ambos procesos – penal y civil – es lo suficientemente grande para aprovechar los conceptos civilistas, considerándolos intercambiables.
96. Véase VÁZQUEZ SOTELO, El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. Homenaje a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras sus cien años de vigencia, en *Revista Jurídica de Catalunya,* núm. 2, 1984, pág. 375 y ss en concreto, en pág. 380. En igual sentido ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal,* Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 95.
97. Vid. MANZINI, V., *Tratado de Derecho…, ob.cit.,* II, pág. 4, para quien el concepto de parte en causa no conserva en el Derecho Procesal Penal el valor que tiene en el Derecho Procesal Civil. En similar sentido, FLORIAN, E, *Elementos de Derecho…, ob.cit.,* pág. 91, que estima que la noción de parte no puede importarse del proceso civil, sino que debe construirse de modo correspondiente a la peculiar esencia del proceso penal. Así, tal y como acertadamente señaló SILVA MELERO, V. en su clarificador artículo La estructura del proceso penal, en relación con el concepto de parte, *Revista de Derecho Procesal,* año II, núm. 1 a 4, 1946, pág. 247 y ss; citando a WACH, Struktur des Strafprozesses, 1914, pág. 4-40, es inútil tratar de construir el proceso civil bajo las normas institucionales del proceso penal y viceversa.
98. Como afirmara CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil.* Tomo II, Trad: Casais y Santaló, J., Madrid, 1977, pág. 6, la idea de parte nos la da el mismo pleito, la relación procesal no es preciso buscarla fuera del pleito, en particular, en la relación sustancial objeto de una contienda. En el mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal…, ob.cit.,* I, pág. 124; y MUÑOZ ROJAS, T. *El imputado en el proceso penal,* Aranzadi, Pamplona, 1958, pág. 17; BINDER, A.M., *Introducción al Derecho Procesal Penal,* 2 ed., 3ª reimpresión, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 330 y ss.
99. Si bien no se olvida la advertencia hecha por FLORIAN, E., *Elementos de Derecho…, ob.cit.,* pág. 81 y 82, "Aceptado en el proceso penal por la mayor parte de nuestros procesalistas la doctrina de la relación jurídica, creemos que es necesario ser cautos y no trasplantarla de plano en la forma en que se introdujo en el proceso civil por primera vez, ya que en éste toma una fisonomía particular de acuerdo con la naturaleza del objeto que le es propio. Por lo demás, su importancia es doble ya que constituye una aportación

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION643 643 4/10/2007 14:40:51

los sujetos de la relación sustancial controvertida[100], ni con los sujetos de la acción, aunque frecuentemente, en el proceso civil, estas condiciones coincidan[101]. Este divorcio entre la relación jurídica procesal y la relación jurídica material es especialmente relevante en el proceso penal, en el que vincular ambas realidades desde el inicio del proceso sería tanto como "hacer supuesto de la cuestión", dando por sentado que el imputado es un participante material en el hecho delictivo que da lugar al proceso[102], cuando, precisamente es en ese proceso – y objeto del mismo –, en el que se habrá de demostrar dicha participación para poder ser declarada en la sentencia[103].

Partiendo, por tanto, de esta distinción, se debe afirmar que el concepto de parte es un concepto estrictamente procesal[104] y que en el proceso penal existen partes, aunque sólo en un sentido formal.

Conforme al enfoque procesal, o formal, que nos ocupa, serán partes en el proceso aquellos sujetos que actúan en el mismo, ejercitando los poderes de

---

fundamental a la sistemática del proceso penal, y, al mismo tiempo, sirve para expresar con mayor fuerza la estructura jurídica del proceso y poner en lugar más elevado y seguro la figura del acusado".

100. Es necesario adelantar que existen algunos autores que, admitiendo el concepto de parte en el proceso penal, basan dicho concepto en el derecho material, a cuya realización el proceso sirve. Así PLANCK, KRIES, MERKEL y posteriormente HIPPEL, citados por GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal…,* ob.cit., pág. 66, para quienes son partes los sujetos de la relación jurídica material por decidir, que, precisamente, constituye el objeto del proceso. También, en el mismo sentido que aquellos autores, HIPPEL, Der deutsche Strafproxess, Marburg, 1941, citado por GUARNIERI, J., *Las partes en el proceso penal,* Trad: Bernardo de Quirós, Editorial Cojica, Puebla, 1952, pág. 49. Aunque, como menciona JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho Procesal Penal,* I, Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f., pero 1949-1950, pág. 142, el concepto de parte material hace referencia a la relación originaria; pero estas relaciones no son las que otorgan o confieren el carácter de parte procesal, sino que más bien informan la cuestión de la legitimación de las partes para el asunto determinado.

101. CALAMANDREI, P., *Derecho Procesal Civil. II. Instituciones de Derecho Procesal,* Trad: Sentís Melendo, Buenos Aires, 1986, pág. 298.

102. Vid. MONTERO AROCA, J., y otros, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal* 14 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 61 y ss, que señala acertadamente que el proceso se realiza precisamente para determinar si un sujeto ha sido o no el autor del delito, lo que únicamente se sabrá al final de dicho proceso, pudiendo, por tanto, figurar en el mismo como acusado quien no ha sido autor del delito.

103. Como ya indicara CARNELUTTI, F. *Lecciones…, ob.cit.,* I, págs. 185 y 186, no puede olvidarse la diferencia entre parte del proceso y parte del delito. Las partes del proceso no son, o, al menos, pueden no ser partes del proceso; si, verdaderamente, el proceso se hace a fin de saber si ha existido un delito y puede conducir a su comprobación negativa, puede ocurrir que las personas, las cuales están en él como partes, no sean partes del delito, no pudiéndose, pues, exigir que las partes del proceso sean las partes del delito. Partes del proceso en sentido sustancial son personas de las cuales se trata de saber si son o no son partes de un delito.

104. Vid GUARNERI, J., *Las partes…, ob.cit.,* pág. 40, para quien no hay más que un concepto de parte, el cual no puede ser más que un concepto procesal: o se es parte en este sentido o no se es en modo alguno. Este punto de vista permite negar valor a las teorías que, para fijar la posición del que interviene, parten de la relación sustancial controvertida, y se determinan según que el que interviene sea o no sujeto de esta relación.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION644 644 4/10/2007 14:40:51

parte, asumiendo las cargas y responsabilidades inherentes al mismo, y postulando una resolución judicial[105], bien de condena bien de absolución.

En cualquier caso, con prescindencia del contenido que se de al concepto, lo importante es establecer y dejar absolutamente claro que el mismo es un concepto estrictamente procesal[106] que sólo tiene sentido dentro del proceso, con independencia de otras situaciones materiales.

En segundo lugar, se hace precisa una matización a la afirmación llevada a cabo por los defensores de las posturas disgregadores o dualistas, en cuanto que en el proceso penal no existen actos de disposición del objeto del proceso, pues en el mismo nos podemos encontrar con alguna excepción, como así ocurre con la figura de la conformidad[107], cuando no con alguna otra que ha sido calificada como acto impropio de disposición[108].

No cabe duda de que la conformidad es un acto de parte, dispositivo, realizado en el ejercicio del principio de oportunidad[109] –para algunos en el del consenso[110] –, sin que el regulado en nuestro ordenamiento se pueda equiparar al *plea bargainig* de los EEUU[111], pues la conformidad es una fórmula mucho más

105. O como afirma MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional…,* ob.cit., III, 14ª edic., pág. 63, quien promueve la actuación del órgano jurisdiccional aportando, por medio de sus alegaciones y pruebas, el material para la resolución de contenido determinado que postula.
106. Vid. GUARNERI, J., *Las partes…, ob.cit.,* pág. 40 y 45, para quien es el mismo litigio el que suministra la idea, de forma que partes son las personas necesarias para la existencia del litigio, aquellos entre quienes el pleito se agita. El derecho y la obligación importan solo para establecer quien pueda asumir la función de parte, pero no para establecer qué cosa sea la parte.
107. Vid. GÓMEZ ORGANEJA, E. con HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal…, ob.cit.,* pág. 68.
108. Así, GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA, V y CORTÉS DOMINGUEZ, V, *Lecciones de Derecho…, ob.cit.,* 2 ed., pág. 338 y ss, para quien la petición vinculante de sobreseimiento o la retirada de la acusación, provocarán una finalización anormal del juicio, a pesar de que el Ministerio Fiscal no puede actuar por razones de oportunidad, sino que está sometido al principio de legalidad, por lo que sólo cabe encontrarse en estos casos cuando concurra alguna de las causas legales que los posibilitan, de ahí que se les denomine "impropios".
109. Al respecto, véase PEDRAZ PENALVA, E. Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso,* Akal, Madrid, 1990, pág. 313 y ss. También, ARMENTA DEU, T., Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991, pág. 181 y ss.
110. Entendiendo por tal aquel principio que constituiría una especie de tercer género entre el principio de legalidad y el de oportunidad, en el que cabría incardinar la conformidad, véase, PUENTE SEGURA, L. *La conformidad en el proceso penal español,* Colex, Madrid, 1994, pág. 10; y MIRA ROS, C., *Régimen actual..., ob.cit.,* pág. 199.
111. Vid. LOZANO-HIGUERO PINTO, M. Notas sobre la participación procesal y su proyección en las formas alternativas de justicia, en *Revista Universitaria de Derecho Procesal.* núm. 0, Madrid-1988, pág. 37 y ss. También véase, DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Justicia criminal consensuada:* Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 49 y ss; AGUILERA MORALES, M., *El principio del consenso. La conformidad en el proceso penal español,* Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 25 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION645 645 4/10/2007 14:40:51

restringida en su ámbito de aplicación, dado que no se extiende al ejercicio del *ius puniendi*, sino sólo a la concreta pena solicitada[112], de forma que la conformidad supondría una disposición directa del proceso, pero sólo indirecta del objeto del mismo[113], pues a través de la conformidad se dispone también, en cierta forma, del contenido de la sentencia[114].

Por último, en tercer lugar, uno de los obstáculos para la aplicabilidad de la Teoría General que nos ocupa al Proceso Penal, y en el que más se han centrado los autores que defienden la tesis dualista[115], e incluso que les ha servido como punto de partida para afirmar dicha dualidad, se centra en el concepto fundamental de la acción, y derivado de él, el del propio objeto del proceso.

Pero la acción, entendida como derecho a la jurisdicción, de carácter abstracto[116], resultará aplicable a las distintas ramas procesales, a pesar de las particularidades que cada una de ellas presente, pues las mismas serán de carácter relativo y contingente, sin que afecten a la acción, entendida en dichos términos; es decir, no afectarán a la naturaleza de la acción, aunque sí puedan afectar a su contenido[117]. Por lo dicho, es necesario, como afirmara Alcalá-Zamora, mantener la acción como un puro concepto procesal, al margen – aunque no desligado – de toda contaminación iusmaterialista, o sea, diferenciada claramente de la pretensión, que viene a ser como el cordón umbilical que la uniese al Derecho sustantivo[118].

---

112. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho…, ob.cit.,* pág. 245. También MIRA ROS, C., *Régimen actual…, ob.cit.,* pág. 445 y ss.
113. Cfr. BUTRÓN BALIÁ, P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal,* Mc Grau Hill, Madrid, 1998, pág. 180.
114. Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L. con otros, *Derecho Jurisdiccional…, ob.cit, III*, pág. 298; también GÓMEZ ORBANEJA, E., con HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal…, ob.cit.,* pág. 68.
115. No sólo los ya mencionados: FLORIAN y MANZINI, sino también, entre otros, GOMEZ ORGANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* Tomo I, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 37, y Tomo II, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 198 y ss; y del mismo autor, La acción penal como derecho al proceso, *Revista de Derecho Privado,* núm. 3, 1948, pág. 97 y ss. También GOLDSCHMIDT, J., *Principios Generales…,* ob.cit., II, pág. 49 y ss.
116. Siguiendo a LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho…, ob.cit.,* pág. 142 y ss. Y en la misma línea ARAUJO CINTRA, A.C., PELLEGRINI GRINOVER, A. y DINAMARCO, C.R., *Teoria Geral…, ob.cit.,* pág. 257 y ss; CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio…, ob.cit.,* pág. 275 y ss. Puede consultarse la evolución de las aproximaciones teóricas sobre la acción en el propio LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho…, ob.cit.,* pág. 112 y ss; RAMOS MENDEZ, F., *Derecho y Proceso…, ob.cit.,* pág. 72 y ss; y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, *Estudios de Teoría…, ob.cit.,* Tomo I, pág., 317 y ss.
117. En palabras de FAIREN GUILLEN, V., *Doctrina General…, ob.cit..,* pág. 87, lo primero es poner en marcha el vehículo, una vez puesto en marcha se adopta la dirección que interesa.
118. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, *Estudios de Teoría…, ob.cit., Tomo* I, pág., 317 y ss, en especial, 343 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION646 646 4/10/2007 14:40:51

C. Proceso Laboral

Parecería, en principio, que si algún problema se plantea en cuanto a la aplicabilidad de la Teoría General del Derecho Procesal a las ramas procesales que componen aquel, los mismos se centrarían en el proceso penal, pero afirmar esto no sería ser fieles a la realidad, pues en los últimos años son muchos los analistas del proceso laboral que también han instado la autonomía del proceso laboral y la no aplicabilidad a dicha disciplina de aquella Teoría General, existiendo con respecto a esta rama procesal una posición dualista[119], y no faltando la postura partidista de quienes reclaman el proceso laboral para el Derecho del Trabajo[120].

Esto no debe ser interpretado más que como una buena noticia para el Derecho Procesal, pues el despegue del proceso laboral y las variantes que el mismo puede ofrecer, quizá sea lo que ha provocado el ansia autonomista que, no puede por menos que recordarnos al problema planteado con el proceso penal, en el despertar del siglo XX. Sin lugar a dudas lo mismo que ha ocurrido con el desarrollo doctrinal del proceso penal ocurrirá con el proceso laboral[121], de tal manera que su evolución no puede por menos que enriquecer la Teoría General del Proceso, que, por supuesto, resulta perfectamente aplicable a aquel.

También en este caso se observan algunos aspectos ya mencionados con respecto al proceso penal, en cuanto que las tesis dualistas, lo son en muchos casos por la contraposición que se lleva a cabo entre proceso laboral y civil, no porque en realidad se realice un análisis exhaustivo de cada uno de los elementos que componen la Teoría General y se estudie su aplicabilidad a dicha jurisdicción social.

En realidad los conceptos y principios generales que hemos incluido en el contenido de la Teoría General del Derecho Procesal, resultan aplicables, como ha calificado algún autor[122], sin ninguna estridencia.

---

119. Así, tal y como cita ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho…, ob.cit.,* pág. 312, MENENDEZ PIDAL, *Derecho procesal social,* 2 ed., Madrid, 1950. Siendo un claro ejemplo de la misma SANTOS AZUELA, H., Teoría General del Proceso en el Sistema del Derecho Procesal Social, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 101 – 2007.
120. Damos por reiterado aquí el razonamiento con respecto al origen de la posición dualista y su visión parcial y limitada.
121. Que en palabras de ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho…, ob.cit.,* pág. 312, ha mostrado un empuje legal y doctrinal formidable, aunque, en nuestra opinión, el empuje doctrinal no ha sido de tal envergadura como el legal.
122. RAMOS MENDEZ, F., *Derecho y proceso…, ob.cit.,* pág. 313 y ss. Compartimos la afirmación, pero no las razones expuestas para ello.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION647 647 4/10/2007 14:40:52

Aunque tenemos que volver a reiterar algo ya afirmado, pues pretender una unidad del Derecho Procesal, en modo alguno supone una identidad de las distintas ramas que lo componen, sino más bien afirmar que, con independencia de las peculiaridades que presente una de esas disciplinas, en este caso la laboral o social[123], los elementos esenciales de este proceso, muestran, como afirmara Guasp[124], un desarrollo sistemático común al de toda la ordenación procesal, por lo que se debe abogar por la integración del proceso del trabajo en el sistema unitario del Derecho Procesal.

VI. METODOLOGÍA DE LA ENSEÑANZA.

Al abordar la cuestión de la metodología docente para la asignatura de Derecho Procesal, en lo que a su Teoría General se refiere, se hace necesario, antes de nada, hacer alusión a dos cuestiones con honda repercusión en su planteamiento.

No cabe duda que la docencia específica en una determinada disciplina, en este caso, el Derecho Procesal, no puede ser ajena a la concepción que se tenga de aquella, y, además, el diseño que se proponga de la misma no puede ser ni uniforme ni válido para todos los niveles de la enseñanza, y no digamos para todas las instituciones académicas universitarias; más cuando la que suscribe pertenece a una Universidad que se ha visto, el igual que las de su entorno, arrollada por la integración de la misma en el Espacio Europeo de Educación Superior[125] que nos dirige hacia un difícil proceso de convergencia, aunque, todavía, con paso

123. Que en cualquier caso hay que defender desde la postura unitaria del Derecho Procesal, pues no compartimos la opinión de los que ven en el proceso laboral una simple especialidad del proceso civil, así RAMOS MENDEZ, F., *Derecho y Proceso, ob.cit.,* pág. 313 y ss.

124. Vid, GUASP, J., en su magnífico estudio Significación Del Proceso del Trabajo en la Teoría General del Derecho Procesal, en *Estudios Jurídicos,* Civitas, Madrid, 1996, pág. 529 y ss.

125. Auspiciado por los principios condensados en la *Magna Charta Universitatum* de Bolonia de 1988, aunque la configuración como tal de dicho Espacio inicia su andadura con la Declaración de la Sorbona, firmada en París el 25 de mayo de 1998 (por los Ministros de Francia, Alemania, Italia y Reino Unido), apareciendo como una prioridad en la Declaración de Bolonia de 19 de julio de 1999, y desarrollándose paulatinamente a través de las Conclusiones de Estocolmo, de 31 de mayo de 2002, la Declaración de Graz de 2003 y la de Bergen de 2005, firmada por 40 países. En la actualidad nos encontramos en pleno proceso de convergencia hacía el mencionado Espacio que tendrá que estar plenamente instaurado en el año 2010, pese a las reticencias no sólo de parte de los universitarios sino también de algunos de los países que impulsaron su creación. Sobre el tema, entre las muchas publicaciones realizadas, vid. GARCÍA SUAREZ, J.A., *¿Qué es el Espacio Europeo de Educación Superior?. El reto de Bolonia: preguntas y respuestas,* Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2006; ALBA PASTOR, J., *Convergencia Europea y universidad,* Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2005; CARRERAS GARCÍA, J., *€uro-universidad: mito y realidad del proceso de Bolonia,* Icaria, Barcelona, 2006; BAUTISTA VALLEJO, J.M., *Universidad y espacio europeo en la encrucijada de la calidad,* Hergue. Huelva, 2005.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION648 648 4/10/2007 14:40:52

vacilante, que ha puesto de manifiesto las profundas diferencias existentes no ya entre las Universidades Europeas sino, incluso, entre las propias Facultades de Derecho de nuestro país.

En segundo lugar, es imprescindible tener en cuenta que nuestra Licenciatura está dirigida a formar profesionales, a los que se ha de procurar la adquisición de unos conocimientos especializados acordes con el terreno en el que, previsiblemente, va a discurrir su actividad profesional, pero sin olvidarnos de que la Licenciatura no es un título de capacitación profesional y que el aprendizaje universitario consiste en un proceso global que no acaba cuando se abandonan las aulas. Los alumnos deben aprender, además de los conocimientos positivos que les presupone el Título, a enfrentarse a un mundo cambiante, en el que la complejidad alcanzada en los últimos años por el desarrollo de las diversas ramas procesales existentes, y otras que pretenden abrirse camino, requerirán una adaptación de aquellos que sólo conseguirán si han obtenido un "poso" que les permita desarrollar su razonamiento y conciencia crítica. No se trata de formar abogados, jueces, etc…, sino juristas, como afirmara Martín Rebollo[126], o en otras palabras, tal y como sabemos los que hemos tenido el privilegio de ser sus alumnos, de amueblarnos la cabeza. No consiste por tanto en propiciar información sino en contribuir a la formación. En palabras de Carnelutti, hay que cesar en la confusión del *docto* con el intérprete de las leyes. Este último es un operador, es decir, un práctico no un teórico del derecho. El primero también tiene que entenderse con la interpretación, pero su oficio no es interpretar sino enseñar como se interpreta[127].

Por lo dicho, con respecto al primer aspecto, consideramos que la propuesta metodológica y docente no deja de ser más que una sugerencia, pero, conforme a lo indicado en el segundo, la proponemos estando convencidos de la necesidad de transmitir a los alumnos unos conocimientos que forjen una sólida formación en lo básico, pues sólo así podrán enfrentarse a los retos indicados; y sin olvidar que Alcalá-Zamora[128] ya indicó que es misión de la propia Teoría General del Proceso suministrar orientaciones metodológicas y didácticas para la mejor enseñanza y estudio del Derecho Procesal.

La primera pregunta, por lo tanto anterior al planteamiento de la metodología para hacerla efectiva, sería ¿es necesario el estudio independiente de una

126. Vid. MARTÍN REBOLLO, L., "Estudios de Derecho ¿formación de abogados?, ¿formación de juristas?, *Cuadernos Jurídicos,* 1996, núm. 41, pág. 5 y ss.
127. Cfr. CARNELUTTI, F., *Metodología del Derecho,* Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2003, pág 22 y ss.
128. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…, ob.cit.,*Tomo I, pág. 519.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION649 649 4/10/2007 14:40:52

Teoría General del Derecho Procesal? Y la respuesta, necesariamente, ha de ser afirmativa, pues solo mediante la adquisición de unas premisas ideológicas se podrá abordar posteriormente el conocimiento de las deficiencias e indeterminaciones del material jurídico que regulen las distintas disciplinas procesales[129], aprendiendo a cuestionar y enjuiciar las soluciones dadas por el Derecho vigente, más cuando hemos presenciado como, en los últimos años, se ha producido una renovación casi completa de las estructuras normativas.

Precisamente, es la Teoría General del Derecho Procesal la que está encaminada, específicamente, a alcanzar ese objetivo, por ser la que muestra el trasfondo histórico e ideológico de los principios, las normas y las instituciones de esta rama del Derecho. Sólo a través del estudio de esta Teoría General se puede producir una elevación sobre los aspectos particulares, como medio para evitar volver a caer en la exégesis que caracterizaba el estudio del Derecho en el siglo XIX[130].

En segundo lugar, y por lo que se refiere, en concreto, a la metodología docente, ya se anunció unas líneas más atrás que el contenido de tal disciplina será inevitable y eminentemente teórico, pues la enseñanza del contenido científico del Derecho Procesal no se puede alcanzar sobre la base de la práctica[131], conforme al modelo anglosajón, en donde, de todos es conocido, se muestra cierta indiferencia frente a los principios y conceptos generales y se rechaza la especulación teórica que no esté basada en la experiencia empírica. No cabe duda que el aspecto práctico, en las asignaturas correspondientes a las ramas procesales específicas, resultará fundamental[132], pero no lo es para la enseñanza de la Teoría General que deberá ser expuesta a través de la fórmula de la clase magistral, o como la denomina Guasp, la "lección"[133], impartida por un especialista de la dis-

129. Como indicara CARLOS, E.B., *Introducción al estudio…,* ***ob.cit.,*** pág. 92, la ley positiva en modo alguno ha de ser el punto de iniciación de los estudios, sino que a ella se ha de llegar después de haberse formado el concepto de la institución de que se trata. Como reseña el autor, con toda razón, Carnelutii, reconoce expresamente que no se sabe el derecho procesal aprendiendo de memoria un código.
130. Vid. FIX ZAMUDIO, H, *Metodología, docencia…,* ***ob.cit.,*** pág. 182.
131. En este sentido véase GUASP, J., Concepto y método…, ob.cit., pág. 109 y ss, para quien a través de estas clases prácticas, de indudable valor a otros efectos (pág. 112 y ss), no se realiza profundización alguna en cada uno de los temas que se abordan. Y en sentido similar, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* ob.cit., pág. 507 y ss, para quien la Teoría General del Procesal no es práctica forense, que por su carácter empírico es el reverso de la Teoría General.
132. Con referencia a esta cuestión vid., ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., con LEVENE, R., (Hijo), *Derecho Procesal…, ob.cit.,* I, pág. 53 y ss, quien, tras analizar la polémica, en su posición más extrema, entre ZITELMANN-WACH, entiende que la cuestión de la práctica procesal escapa al cuadro teórico de la enseñanza y ha de ser resuelto dentro de una perspectiva más amplia, como un complemento ulterior de la misma.
133. Vid. GUASP, J., *Concepto y método…, ob.cit.,* pág. 105 y ss, aunque teniendo en cuenta las objeciones que el autor hace a la misma, y las indicaciones que se proponen para solucionar dichos obstáculos.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION650 650 4/10/2007 14:40:52

ciplina; sin que ello signifique un alejamiento entre docente y discente, pues el primero no puede limitarse a dar una conferencia, sino que a través de la misma, y mediante la introducción de elementos participativos (método activo)[134], debe estimular al alumno, haciendo despertar su interés y desarrollando ese sentido crítico, al que antes hacíamos referencia.

En todo caso, y a los efectos de llevar a cabo una profundización en aspectos concretos, se puede, también, utilizar la técnica de los seminarios, en los que el profesor dirigirá el estudio hacia esa cuestión específica con un número reducido de alumnos, lo que no impide que el aprovechamiento del trabajo de éstos tenga que quedar limitado a ese grupo, sino que puede hacerse extensivo, mediante su exposición por un ponente, a un número mucho más elevado.

Por último, tampoco podemos olvidar el doctorado, en el que parece haberse generalizado la idea de que la alta especialización requerida para el mismo se tiene que traducir en una especialización de las materias que hayan de ser tratadas en el mismo; cuando en realidad aquella será presupuesto necesario para llevar a cabo una profundización y no sólo una especialización, por lo que también la Teoría General del Derecho Procesal, puede ser un objeto perfecto para el contenido de dichos cursos de doctorado o estudios de postgrado[135].

Pero, con independencia del método o métodos docentes utilizados, lo fundamental es el estudio de la teoría General del Derecho Procesal, dirigida al conocimiento de los conceptos generales comunes a las diversas ramas del Derecho Procesal[136] y la problemática del mismo[137]. Dicho estudio se debe abordar, bien con carácter previo al de las diversas disciplinas procesales especiales, bien en un curso introductorio independiente, en los primeros cursos de la Licenciatura; pues de otro modo, tal y como advirtiera Alcalá-Zamora, su falta de tratamiento obligaría a incluir en los programas y explicaciones de los cursos específicos de las distintas disciplinas procesales, planteamientos y desarrollos que, en realidad, son privativos de la Teoría General, dado que con la misma, no se trata de profundizar en el proceso civil, penal, etc., sino de impartir una enseñanza distinta[138]; de tal manera que, en uno u otro caso, sólo después de haber llevado a cabo el estudio de la Teoría General se puede proceder a analizar el proceso

134. Vid, sobre el mismo FIX ZAMUDIO, H, *Metodología, docencia…, ob.cit.,* pág. 124 y ss.
135. Siguiendo el modelo propuesto por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* I, pág. 506 y ss, en el que la Teoría General del Proceso deja de ser cimiento o primer piso, para convertirse en tejado o azotea. Aunque entendemos que ambos métodos no tienen porqué ser excluyentes.
136. Vid. ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho…, ob.cit.,* pág. 393.
137. CARLOS, E.B., *Introducción al Estudio…, ob.cit.,* pág. 89 y ss.
138. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría…,* I, pág. 510 y ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION651 651 4/10/2007 14:40:52

en su faz dinámica, es decir, el análisis puramente formal y descriptivo de las disposiciones legales, reguladoras de las diversas ramas procesales.

VII. CONCLUSION

Como no podía ser de otra manera, conforme a lo afirmado hasta el momento, la conclusión final debe ser la defensa enérgica de la Teoría General del Derecho Procesal y su aplicabilidad a todas las ramas procesales por igual, sin que ninguna de ellas ocupe una posición privilegiada o de primogenitura con respecto al resto.

Sólo a través de la Teoría General se conseguirá la necesaria cohesión requerida por la ciencia del Derecho Procesal, pues en los tiempos actuales ya no puede afirmarse que dicha Teoría sea una meta, sino que más bien se ha convertido, gracias a su fuerza integradora, en un mecanismo o instrumento de fortalecimiento de la rama del Derecho que nos ocupa.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION652 652 4/10/2007 14:40:53

CAPÍTULO XXV

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Marialva de Castro C. Schlucking*

Sumário: 1. Introdução – 2. Notas sobre o controle da constitucionalidade e o princípio da separação de poderes – 3. Notas sobre o processo administrativo fiscal e o princípio da ampla defesa – 4. O controle da constitucionalidade no processo administrativo fiscal – 5. Conclusão – Textos consultados e de referência.

Resumo: o presente artigo tem por objetivo analisar o princípio constitucional processual do devido processo legal como fundamento para o controle da constitucionalidade no processo administrativo

Palavras-chave: processo, administração, separação de poderes, controle de constitucionalidade, ampla defesa, devido processo legal.

1. INTRODUÇÃO

Questão bastante controvertida relativa ao processo administrativo diz respeito à possibilidade de uma autoridade administrativa de julgamento apreciar matéria de cunho constitucional, e, sendo o caso, declarar a inconstitucionalidade da lei na qual se funda o ato impugnado. Dois posicionamentos dividem a doutrina, havendo uma corrente que defende tal possibilidade e outra que nega.

O principal, mas não o único, argumento em defesa da possibilidade da autoridade administrativa declarar a inconstitucionalidade de uma lei baseia-se na idéia de que, sendo a Constituição a norma mais importante do ordenamento, não há como se admitir, em nenhuma hipótese, a aplicação de uma lei que lhe seja contrária, pouco importando seja o aplicador órgão integrante do Poder Executivo.

Por sua vez, os órgãos administrativos de julgamento, em sua grande maioria, vêm decidindo por sua incompetência para efetuar o controle de constitucionalidade, em razão do princípio da Separação dos Poderes, entendendo que o

(*) Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia e Auditora Fiscal da Receita Federal.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION653 653 4/10/2007 14:40:53

controle de constitucionalidade das leis é matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.[1]

Contudo, a não apreciação da matéria constitucional argüida na impugnação ou no recurso administrativo tem sido invocada pelos contribuintes, na esfera judicial, como causa para a invalidade do processo administrativo, em razão do cerceamento ao seu direito de defesa e de ofensa ao devido processo legal.

O pronunciamento final a respeito da questão deverá se dar pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual decidirá se são considerados nulos os processos administrativos nos quais não se realizou esse controle de constitucionalidade.

O objetivo do presente artigo consiste em reunir os argumentos favoráveis e contrários a esse controle de constitucionalidade dentro do processo administrativo, confrontando-os, de modo a buscar uma proposta de solução obtida a partir da ponderação dos interesses envolvidos.

2. NOTAS SOBRE O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A concepção de Estado Democrático de Direito, no mundo contemporâneo, apresenta estreita relação com a noção de Estado Constitucional, o qual, por sua vez, fundamenta-se na idéia de supremacia da Constituição. De acordo com essa perspectiva, a Constituição ocupa o ápice da pirâmide normativa, sendo a norma fundamental da qual todas as demais normas extraem o seu fundamento de validade, seja do ponto de vista formal ou do ponto de vista material, conforme orienta o pensamento kelseniano.

Neste sentido, assume importância a tarefa de conformar a legislação infraconstitucional com os ditames da Constituição, o que ocorre através do chamado "controle de constitucionalidade".

Baseado no modelo americano, no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade adotado é o controle jurisdicional, o qual consiste na faculdade do Poder Judiciário verificar a adequação de uma lei ou de outros atos do Poder Público com a Constituição, declarando inconstitucionais as normas infraconsti-

1. O Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, por exemplo, já decidiu que "a apreciação da constitucionalidade ou não de lei regularmente emanada do Poder Legislativo é de competência exclusiva do Poder Judiciário, pelo princípio da independência dos Poderes da República, como preconizado na nossa Carta Magna" (Ac nº 105-13287, do 1º CC – mv – Rel. Rosa Maria de Jesus da Costa de Castro – recurso n.º 121.777 – processo administrativo n.º 13921.000224/99-01 – j. em 13.09.2000 – obtido em www.conselhos.fazenda.gov.br).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION654 654 4/10/2007 14:40:53

tucionais que contrariem formal ou materialmente preceitos ou princípios constitucionais

Este controle de constitucionalidade pode ser concentrado, quando se dá por via de ação ou via direta; ou difuso, que se dá por via de exceção ou defesa. Diferem entre si essas modalidades de controle da constitucionalidade em diversos aspectos.

O controle concentrado é assim denominado porque somente o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, pode efetuá-lo, mediante provocação de determinadas pessoas ou de órgãos taxativamente enumerados na Constituição, através de ações específicas previstas também no texto constitucional. Note-se, ainda, que o controle concentrado é efetuado em tese, e não à vista de um caso concreto, objetivando expelir do sistema a lei ou o ato normativo eivado de vício de inconstitucionalidade, razão pela qual se entende que seus efeitos são *erga omnes*, isto é, se estendem a todos os jurisdicionados e não apenas às partes que figuraram no litígio.

Já, em sua modalidade difusa, o controle de constitucionalidade é realizado diante do caso concreto, dentro do processo, cabendo a qualquer juiz ou tribunal investido da função jurisdicional exercê-lo. Por essa razão, se entende que somente os litigantes são afetados pela decisão, vale dizer, esta atinge apenas as partes envolvidas no processo[2]. Neste caso, qualquer ação judicial é meio hábil para deflagrar o controle difuso.

Contudo, isto não significa que, em razão do Princípio da Separação de Poderes expresso no artigo 2º da Constituição de 1988, compete com exclusividade ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade. É preciso ter em mente que a concepção de Montesquieu sobre a Separação de Poderes tem adquirido novos contornos na atualidade. A expressão "Poder" requer, assim, uma nova e adicional compreensão: a de poder-função.

Nesta linha de pensamento, José Afonso da Silva afirma que

> Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem a um tempo as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da organização dos poderes[3].

2. Todavia, esta regra é excepcionada pelo artigo 52, inciso X da Constituição da República (CF/88) que permite ao Senado da República suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Neste caso excepcional, uma decisão no âmbito do controle difuso produzirá efeitos para todos os jurisdicionados.
3. *In: Curso de Direito Constitucional*, p. 107

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION655 655 4/10/2007 14:40:53

No ordenamento jurídico pátrio, tem-se que nenhuma dessas funções é exercida com exclusividade pelos Poderes da República, o que não implica em ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, pois, conforme leciona Canotilho, "a sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de *rupturas de divisão de poderes*".[4] Assim, é possível ocorrer de o Judiciário exercer a função legislativa (*v.g.* quando da edição de regulamentos internos), bem como de o Executivo exercer a função jurisdicional (*v.g.* quando profere decisões dentro do processo administrativo), ou, ainda, de o Legislativo exercer a função executiva (*v.g.* quando celebra um contrato), sem que isso signifique ofensa ao mencionado princípio.

3. NOTAS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O processo administrativo fiscal, também chamado processo administrativo tributário, se inicia quando o sujeito passivo, ao ser notificado de um lançamento[5], decide se insurgir contra a cobrança do respectivo crédito tributário, apresentando sua defesa no âmbito administrativo[6]. O processo administrativo fiscal corresponde, por conseguinte, à *fase contenciosa* da cobrança de um crédito tributário.

Assim, durante esse *contencioso administrativo*, a Administração, ao mesmo tempo em que exerce o controle de seus atos, através de seus órgãos administrativos (sejam eles singulares ou colegiados), emite decisões sobre os argumentos apresentados pelo sujeito passivo acerca do crédito tributário.

Neste sentido, é a lição de Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas:

> O processo administrativo tributário é um mecanismo de revisão desencadeado por força externa – ação dos particulares, detentores do direito de exigir que a Administração atue sempre na via do Direito; permite à Administração exercer o controle sobre o seus atos e se desenvolve quando existe uma reação do contribuinte contra o interesse público defendido pela Administração e o direito subjetivo atingido por essa atuação.[7]

---

4. *In: Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 252.
5. De acordo com o Código Tributário Nacional, em seu art. 142, o lançamento, privativo da autoridade administrativa, é o *procedimento* administrativo através do qual o crédito tributário é constituído, adquirindo liquidez.
6. De acordo com o artigo 145 do Código Tributário Nacional, o crédito regularmente constituído, mediante o lançamento, somente poderá ser modificado em razão da impugnação apresentada pelo sujeito passivo (inciso I), em razão de recursos administrativos interpostos (inciso II), ou através da revisão de ofício (inciso III).
7. *In: Processo Administrativo Tributário*, p. 158

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION656 656 4/10/2007 14:40:53

Se, de um lado, esse controle que a Administração exerce sobre os seus atos não poderá se restringir ao simples exame da legalidade dos mesmos, desprezando os princípios constitucionais, de outro, deve ser assegurado ao administrado o direito a ampla defesa consoante dispõe o inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988, sob pena de nulidade do processo administrativo.

De acordo com esse mencionado dispositivo constitucional, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente". Da simples leitura da Constituição, se depreende: primeiro, que há um litígio no processo administrativo; e, segundo, que a ampla defesa é garantia constitucional aplicável também no âmbito administrativo.

Sendo assim, o exercício da ampla defesa por parte do interessado é indispensável à validade do próprio processo administrativo e, consequentemente, indispensável também à validade do crédito tributário. Porém, cumpre assinalar que a garantia da ampla defesa compreende muito mais que a simples defesa da parte: *uma defesa ampla é uma defesa sem restrição*.

A ampla defesa, assim como o contraditório e outras garantias processuais, constitui uma manifestação da cláusula geral do devido processo legal 8, representando, assim, uma importante garantia individual do cidadão atualmente presente na maioria dos ordenamentos jurídicos dos países democráticos. No ordenamento pátrio, a Constituição de 1988 o consagra em seu art.5o, inciso LIV, o qual dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O direito a um pr*ocesso devido* pressupõe, portanto, o direito a um processo consoante valores constitucionalmente previstos, isto é, aquele em que são asseguradas as garantias do contraditório (*direito de ouvir e ser ouvido*); da publicidade e motivação das decisões; do juiz natural e proibição dos tribunais de exceção; do direito de oferecer e produzir provas; dentre outras.

Portanto, o exercício da ampla defesa no processo administrativo fiscal pressupõe o direito do administrado expor todas as razões pelas quais entende ser indevido o crédito tributário (*direito de ser ouvido)*, inclusive, matéria de índole

8. As cláusulas gerais constituem tipos de normas que buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego dos mencionados "conceitos jurídicos indeterminados". Seu enunciado contém uma "vaga moldura", dentro da qual é permitida a incorporação de diversos princípios e regras de conduta. Neste sentido, DIDIER leciona que a garantia do devido processo legal constitui um postulado fundamental do processo tendo os demais princípios processuais como decorrência daquela "norma-mãe". (In: *Curso de Direito Processual Civil,* p.)

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION657 657 4/10/2007 14:40:54

constitucional, o que, em contrapartida, impõe o dever da Administração decidir de forma expressa e fundamentada sobre o requerimento do contribuinte. Desconsiderar os argumentos do administrado implica em desconsiderar o seu direito a uma defesa ampla.

4. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Feitas essas considerações iniciais, importa analisar um a um os argumentos favoráveis e contrários ao controle da constitucionalidade no processo administrativo fiscal.

O principal argumento que é apresentado em contraposição a tal possibilidade diz respeito ao Princípio da Separação de Poderes, segundo o qual compete privativamente ao Poder Judiciário exercer o controle da constitucionalidade, uma vez que, o Brasil, ao contrário da França, adota o sistema de jurisdição única. Por conseguinte, não se admite que, no *julgamento* administrativo, esteja a Administração exercendo jurisdição, já que a decisão administrativa não faz coisa julgada. Apesar de parecer acertada esta afirmação, a mesma requer ressalvas.

Em primeiro lugar, conforme exposto anteriormente, o Princípio da Separação de Poderes deve ser compreendido no sentido de que as funções de legislar, de administrar e de julgar não são exclusivas dos respectivos Poderes da República, sendo admissível a sobreposição dessas funções sem que isso resulte em ofensa àquele princípio.

Neste sentido, tem-se que a Administração, ao decidir no âmbito de um processo administrativo, está exercendo jurisdição, do mesmo modo que o Judiciário no âmbito do processo judicial. Exercer a jurisdição significa decidir (dizer) o direito aplicável no caso concreto, e isto é feito pela Administração no âmbito do processo administrativo, embora não o faça de forma definitiva, já que passível de revisão jurisdicional.

Nas duas hipóteses, no âmbito do processo judicial e no âmbito do processo administrativo, vislumbra-se, portanto, a existência de atos jurisdicionais, embora praticados por órgãos distintos, o que lhes confere efeitos distintos. Tem-se, em verdade, como mais adequado dizer que os atos jurisdicionais se subdividem em *atos jurisdicionais em sentido estrito*, que seriam aqueles praticados pelo Poder Judiciário, e *atos jurisdicionais em sentido amplo*, compreendendo aqueles praticados pela Administração Pública e pelo Legislativo. A diferença entre

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION658 658 4/10/2007 14:40:54

ambos é que apenas o primeiro se reveste do manto da coisa julgada, posto ser praticado no âmbito do processo judicial.

De fato, em princípio, as decisões que põem fim a um *litígio* administrativo não possuem o efeito de coisa julgada, sendo vedado excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, da CF/88). Porém, isto não retira das decisões administrativas o seu caráter jurisdicional.

Ao decidir no processo administrativo, a Administração pode se deparar com questões atinentes à constitucionalidade, sendo-lhe exigido, em conseqüência, que aprecie a matéria. É óbvio que o exame concreto de conflitos de interesse não pode prescindir o cotejo da norma que se está aplicando em relação à Constituição. Aceitar o contrário, isto é, que somente o Poder Judiciário pode examinar as questões atinentes à constitucionalidade das leis ou atos normativos, implicaria, conforme acentua Eduardo Domingos Botallo,

> [...] a inaceitável admissão de que, fora do Poder Judiciário, o Estado estaria autorizado a exercer, sem contraste, seu *imperium* e, de outro, que os direitos e garantias individuais, expressamente designados na Carta Magna, somente teriam significado dentro do processo judicial, quando é certo que os mesmos existem exatamente para proteger os particulares contra eventuais abusos e arbítrios do Poder Publico em todos os seus desdobramentos.[9]

Em verdade, em razão do princípio da supremacia da Constituição, a Administração não somente pode como deve exercer o controle da constitucionalidade no exercício da sua jurisdição (administrativa). Não se pode entender a supremacia da Constituição como um bem jurídico que somente possa ser tutelado, com exclusividade, pelo Poder Judiciário. Em nenhum lugar do texto constitucional, encontra-se fundamento para afirmar tal exclusividade. E nem poderia. A todos os poderes da República compete a tutela da supremacia constitucional, cabendo tão-somente ao Judiciário proferir a última palavra, quando demandado[10].

Nem mesmo o argumento da *presunção de constitucionalidade* das leis pode afastar o controle da constitucionalidade, para o caso concreto, no âmbito do processo administrativo. Consoante a idéia da presunção de constitucionalidade das leis, toda lei, a partir da sua sanção pelo Chefe do Poder Executivo, estaria revestida de presunção de constitucionalidade, não cabendo aos agentes administrativos deixar de aplicá-las por acreditarem ser a mesma inconstitucional.

---

9. In: *Processo Administrativo Tributário*, p. 240.
10. O STF tem rejeitado esse entendimento, a exemplo do julgamento da Medida Cautelar na ADIN n.º 221, em que declara que a competência do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION659 659 4/10/2007 14:40:54

De acordo com esse raciocínio, adotado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, o momento em que o Poder Executivo teria para exercer o controle da constitucionalidade das leis seria o momento do veto e a oposição deste último determinaria a sua apreciação pela Casa Legislativa[11]. Portanto, se o Executivo não exerce seu poder de veto e sanciona a lei, toma-se, por conclusão, que haveria um consenso quanto à constitucionalidade da lei, o que impediria que os agentes administrativos deixassem de aplicá-la, alegando ofensa à Constituição. Contudo, trata-se de argumento que também reclama correções.

Em verdade, tal presunção de constitucionalidade das leis não constitui um mero formalismo[12], mas sim uma exigência da segurança jurídica, de modo a impedir que existam distintas aplicações decorrentes de distintos entendimentos sobre a lei interpretada. Busca-se, portanto, a partir da mencionada presunção, uma uniformização na aplicação da lei, o que, por si só, é bastante razoável, até mesmo no sentido de garantir a aplicação isonômica da lei em relação a todos administrados. Porém, ainda, assim, cabe ponderar na colisão dos interesses envolvidos, buscando sua otimização.

Em primeiro lugar, cabe registrar que o controle de constitucionalidade efetuado pelo Chefe do Poder Executivo no momento de opor o veto assemelha-se ao controle jurisdicional de controle concentrado: é um controle abstrato. De fato, ao sancionar uma lei, o Chefe do Poder Executivo não tem como vislumbrar antecipadamente as inconstitucionalidades que, por ventura, surgirão quando da aplicação da mesma. Destarte, os aspectos de inconstitucionalidade da lei podem somente se apresentar diante do caso concreto, implicando em que seu exame somente possa ser efetuado, pelos agentes administrativos, quando da aplicação da lei, tal qual ocorre no controle jurisdicional difuso.

Portanto, essa presunção não é uma presunção absoluta, admitindo prova em contrário. A questão é definir em que situações há de ser admitido, no processo administrativo, o exame da inconstitucionalidade da lei, de modo a se evitar decisões administrativas conflitantes.

Assim, para ocorrer o exame da inconstitucionalidade da lei no processo administrativo, é necessário que se estabeleça critérios *razoáveis* que assegurem ao contribuinte o direito ao devido processo legal, em todos os seus desdobramentos, inclusive quanto ao exercício da ampla defesa, ao mesmo tempo em que se

11. Neste sentido, ver o julgamento do Mandado de Segurança n.º 15.886 do STF.
12. Para Roberto Leal de Carvalho, a presunção de constitucionalidade das leis constitui "puro apego ao mero formalismo" que não pode, por isso mesmo, prosperar na ponderação com o direito constitucional do contribuinte de defender-se contra uma presunção atentatória de sua esfera de liberdade patrimonial.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION660 660 4/10/2007 14:40:54

assegura a supremacia da Constituição, a preponderância (não exclusividade) e inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário, a independência dos Poderes e a manutenção da uniformidade das decisões administrativas.

O estabelecimento de tais critérios decorre da ponderação dos interesses envolvidos, em busca da máxima otimização de todos os princípios constitucionais. Deixar desprotegido o direito subjetivo do contribuinte de se defender contra uma exação inconstitucional não é a única solução nem a mais adequada, dentre tantas que possam se apresentar. Nem tampouco, é razoável admitir, sem peias, o exercício do controle da constitucionalidade das leis, no âmbito administrativo, pois eles existem, até mesmo, no controle jurisdicional, servindo este último de analogia para o primeiro.

Do exame controle jurisdicional de constitucionalidade, é possível destacar alguns *requisitos* cuja observância se impõe para o exame da constitucionalidade de leis e atos normativos, trazendo-os para o âmbito do processo administrativo fiscal. São eles:

I – A inconstitucionalidade somente será apreciada a partir da alegação do contribuinte, não podendo a Administração, de ofício, alegar o vício de inconstitucionalidade da lei;

II – A inconstitucionalidade somente será objeto de exame quando amparada por jurisprudência, e não apenas por entendimento doutrinário[13]. Com isto, se pretende delimitar o espaço de atuação dos agentes administrativos no controle da constitucionalidade. Em conseqüência disso, ter-se-ia a vantagem adicional de evitar o abarrotamento do Poder Judiciário com questões em que este já tenha se pronunciado de modo contrário ao entendimento da Administração;

III – Tanto a inconstitucionalidade parcial como a total ou a inconstitucionalidade material e também a formal podem ser objeto de apreciação dentro do processo administrativo, porém apenas a inconstitucionalidade por ação pode ser examinada, não cabendo o exame da inconstitucionalidade

13. Para Edvaldo Brito, o sujeito passivo pode opor argumentos de inconstitucionalidade, arrimando-se na doutrina ou na Jurisprudência. "Se for a Doutrina, certamente, que a Administração ficará, sempre, a cavaleiro de negar-se a acolher, porque esta não é fonte formal de Direito Tributário", diz o eminente professor baiano. Segundo seu pensamento, a Jurisprudência e até as decisões administrativas, ao contrário, "se invocadas como precedentes de argumentos de inconstitucionalidade, servirão de fontes do Direito Tributário", diz. *(In: A Decisão Administrativa, que não conhece de Argumentos de Inconstitucionalidade da Exigência, possibilita a sua Inscrição Válida na Dívida Ativa, Aparelhadora da Execução Fiscal?*, p. 122-123).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION661 661 4/10/2007 14:40:55

por omissão, uma vez que o controle judicial da mesma se dá através de ações especificamente voltadas a determinar a atuação do Poder Público: o mandado de injunção (controle difuso) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (controle concentrado);

IV – Os órgãos administrativos de julgamento podem atuar apenas como "legislador negativo", negando aplicação da lei, sem jamais substituir a vontade do legislador;

V – A decisão quanto à inconstitucionalidade somente pode ser proferida por um órgão colegiado[14] e por voto da maioria absoluta de seus membros. Aqui, tem-se também a aplicação, por analogia, ao processo administrativo da regra do art. 97 da carta constitucional utilizada no controle jurisdicional de constitucionalidade de lei ou ato normativo, vedando, assim, aos órgãos monocráticos de julgamento em primeira instância reconhecer da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos;

VI – E, finalmente, a decisão administrativa que reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo deve ser passível de revisão pelo Poder Judiciário, seja a mesma favorável ou contrária à Fazenda Pública.

Aliás, o fato de ser irrecorrível a decisão administrativa desfavorável à Fazenda Pública tem sido um dos argumentos apresentados de forma contrária à possibilidade do controle da constitucionalidade no âmbito administrativo. O que se alega é que a impossibilidade de recorrer ao Judiciário deixaria o Poder Público desamparado, já que, se a Administração, no exercício da autotutela que lhe é inerente, decide de modo desfavorável a si mesma no âmbito do processo administrativo, lhe faltaria *interesse de agir* para propor ação judicial.

Ocorre que o que ora está se propondo é uma mudança de paradigma: a Administração, ao exercer o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos no processo administrativo, não estaria exercendo a autotutela (ou seja, a tutela de seus interesses), mas, sim, a tutela da Constituição, cuja guarda, em última (mas não em única) instância, pertence ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, é cabível a propositura de ação judicial para rever decisão desfavorável à Fazenda Pública.

14. No âmbito do contencioso administrativo-fazendário federal, tem-se o Conselho de Contribuintes, órgão colegiado integrante do Ministério da Fazenda, uma vez que o art. 29 da Lei n.º 11.457, de 16/03/2007, transferiu do Conselho de Recursos da Previdência Social para aquele órgão do Ministério da Fazenda a competência para julgamento de recursos referentes às contribuições previdenciárias.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION662 662 4/10/2007 14:40:55

Tal entendimento encontra fundamento, ainda, no princípio da inafastabilidade da apreciação judicial diante de lesão ou ameaça de lesão a direito, previsto na Constituição, em seu art. 5º, inciso XXV , o qual, por força de outro princípio, o da isonomia, se traduz em direito tanto do administrado como da Administração de buscar o Judiciário[15].

Finalmente, quanto ao argumento segundo o qual, ao se permitir que a Administração recorra ao Poder Judiciário para rever suas próprias decisões, tornar-se-ia desnecessário o processo administrativo, este é, de todos os argumentos contrários ao controle da constitucionalidade no processo administrativo, o que mais facilmente sucumbe. Ao contrário, ao assegurar ao administrado o exercício da ampla defesa sem restrições, o processo administrativo se engrandece e se consolida juridicamente, transformando-se, verdadeiramente, no *devido processo constitucional*, ou seja, um processo em conformidade com todas as garantias legais e constitucionais em que o *due process of law* se desdobra.

5. CONCLUSÃO

Apesar dos significativos argumentos apresentados pela corrente contrária, quais sejam, a exclusividade do controle pelo Poder Judiciário e a presunção de constitucionalidade das leis, tem-se que o exame da inconstitucionalidade das leis, no processo administrativo, em verdade, decorre de exigência dos princípios da Supremacia da Constituição e do Devido Processo Legal, especialmente no que concerne à Ampla Defesa.

Ao se realizar a ponderação dos princípios que se opõem e que justificam o exame administrativo da inconstitucionalidade, verifica-se que este exame é afastado somente no que diz respeito ao controle *abstrato* da constitucionalidade, este, sim, exclusividade do controle judicial e fundamento da presunção de constitucionalidade das leis.

Assim, o exame da inconstitucionalidade deverá ser realizado diante do caso concreto, atentando-se, contudo, a determinados limites, os quais, em parte, são tomados por analogia do sistema judicial de controle difuso da constitucionalidade:

---

15. Neste sentido, ver Parecer PGFN/CRJ nº 1087 de 17/08/2004 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN, publicado no DOU de 23/08/2004, que conclui, no âmbito do processo administrativo fiscal federal, dentre outras coisas, pela "possibilidade jurídica de as decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que lesarem o patrimônio público, serem submetidas ao crivo do Poder Judiciário, pela Administração Pública, quanto à sua legalidade. Juridicidade, ou diante de erro de fato". De acordo com o mencionado parecer, em razão da constitucionalização de princípios gerais de Direito, não é mais possível solucionar conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita, exigindo-se, assim, a substituição da noção de legalidade pela de juridicidade .

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION663 663 4/10/2007 14:40:55

a) A inconstitucionalidade somente será apreciada por provocação do interessado, nunca de ofício;

b) Os argumentos quanto à inconstitucionalidade devem estar amparados em tese jurisprudencial e não, doutrinária;

c) Os órgãos administrativos de julgamento devem atuar apenas como "legislador negativo", sem substituir a vontade do legislador;

d) A decisão pela inconstitucionalidade deverá ser proferida por órgão colegiado e por voto da maioria absoluta de seus membros, podendo ser revista pelo Poder Judiciário, a quem compete, em última, mas não única instância, decidir sobre a matéria.

TEXTOS CONSULTADOS E DE REFERÊNCIA

BARRETO, Aires F. e BOTTALLO, Eduardo Domingos (Coordenadores). *Curso de Iniciação em Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2004.

BRITO, Edvaldo. A Decisão Administrativa, que não conhece de Argumentos de Inconstitucionalidade da Exigência, possibilita a sua Inscrição Válida na Dívida Ativa, Aparelhadora da Execução Fiscal?" *In: Problemas do Processo Judicial Tributário.* Vol. 3. Valdir Oliveira Rocha (Coord.). São Paulo: Dialética, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Roberto Leal. O controle de constitucionalidade no processo administrativo tributário. *In:* www.jusnavigandi.com.br em 23/02/2007.

CASSONE, Vittorio e CASSONE, Maria Eugenia Teixeira. *Processo Tributário. Teoria e Prática.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol 1. 6 ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. *In:* www.hugosegundo.adv.br em 23/02/3007.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição.* São Paulo: Atlas, 2000.

NEDER, Marcos Vinicius e LÓPEZ, Maria Teresa Martinez. *Processo Administrativo Fiscal Federal Anotado.* São Paulo: Dialética, 2002.

Parecer PGFN/CRJ n.º 1087 de 19 de julho de 2004, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo Administrativo Tributário.* São Paulo: Malheiros, 2000.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *A consulta fiscal.* São Paulo: Dialética, 1996.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAPÍTULO XXVI

VERITÀ E PROBABILITÀ NELLA PROVA DEI FATTI

Michele Taruffo*

Sommario: 1. Introduzione – 2. I nemici della verità – 3. Distinzioni fallaci – 4. Il valore della verità – 5. Probabilità e prova – 6. Gradi di probabilità e standards di decisione.

1. INTRODUZIONE

Nei molti discorsi che si fanno intorno alla prova e all'accertamento dei fatti nel processo è ricorrente il luogo comune secondo il quale nel processo si accerta la verità dei fatti, e questo è lo scopo al quale è finalizzata l'assunzione delle prove. Quando si considera che il processo può non essere adeguato a stabilire una certezza assoluta intorno ai fatti della causa, allora si parla spesso di probabilità per indicare genericamente che nel contesto processuale solitamente ci si accontenta di qualche cosa di meno della verità in senso proprio. Si tratta di luoghi comuni molto diffusi, che hanno però l'inconveniente di non essere davvero condivisi dalla generalità di coloro che si occupano di questi problemi, e –comunque– di essere vaghi e per molti aspetti discutibili nel loro significato. E' dunque opportuno sottoporre ad analisi questi luoghi comuni, per vedere quale sia il senso che può essere ragionevolmente attribuito alle idee di "verità" e di "probabilità" nel contesto del processo.

2. I NEMICI DELLA VERITÀ

Un primo importante aspetto dell'analisi critica che è opportuno svolgere su questi temi riguarda proprio il concetto di verità e il significato che ad esso può essere attribuito nell'ambito del processo. Al riguardo la prima osservazione che bisogna fare è che –contrariamente a quello che molti pensano– non è affatto ovvio che il concetto di verità venga comunemente accettato, ed ancor meno ovvio è che esso venga comunemente incluso tra gli scopi del processo giudiziario. Al contrario, si constata facilmente che quelli che chiamerei "nemici

(*) Professor Catedrático de Direito Processual Civil da Universidade de Pavia – Itália.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION665 665 4/10/2007 14:40:55

della verità"[1] sono moltissimi[2]. A volte la loro avversione nei confronti della verità è chiara e manifesta; più spesso non è espressa e rimane occulta e forse inconsapevole, ma è comunque alla base di vari orientamenti che appaiono piuttosto diffusi nella cultura filosofica e giuridica. Proprio per l'elevato numero e la grande varietà di questi atteggiamenti, non è possibile farne qui un elenco che pretenda di essere completo, e tanto meno è possibile procedere ad una loro analisi critica dettagliata. Vale però la pena di fare riferimento ad alcuni esempi che –trascurando per impossibilità una prospettiva storica che pure sarebbe interessante- possono bastare a giustificare la considerazione che deve essere dedicata ai "nemici della verità".

Poiché la cultura giuridica non vive in uno spazio vuoto e separato dal resto del mondo, qualche esempio significativo può essere tratto anzitutto dalla cultura filosofica degli ultimi anni. Oltre che a varie forme di irrazionalismo che hanno percorso la cultura anche giuridica europea del '900, e che sono tornate di moda soprattutto –ma non soltanto- in occasione del *revival* del pensiero di Heidegger, si può fare riferimento in particolare alle forme di scetticismo radicale nei confronti del problema della verità che emerge in vari esponenti del pensiero filosofico c.d. postmoderno. Tra i vari autori e le varie teorie che rientrano in questa tendenza[3], un esempio significativo, anche per la larga notorietà che ha avuto, è quello di Richard Rorty. In vari luoghi dei suoi numerosi scritti[4] egli nega non solo la possibilità di qualsiasi verità, ma addirittura afferma che qualunque discorso intorno alla verità non è altro che un non-senso. Il pensiero di Rorty a questo proposito è stato oggetto di varie critiche anche assai dure[5], tali da dimostrare la sostanziale inconsistenza delle sue tesi. Rimane tuttavia il fatto che se si condivide –in modo più o meno consapevole- un atteggiamento come quello di Rorty, allora bisogna concludere che anche parlare della verità nel contesto del processo significa fare un discorso privo di senso. Ad analoga conclusione

1. In senso molto simile Alvin Goldman, *Knowledge in a Social World,* Oxford 1999, p.7 ss., parla di *veriphobia* per indicare i vari orientamenti di pensiero che "hanno paura" della verità.
2. Riferendosi solo all'ambito filosofico, Goldman ossserva giustamente (*op.cit.,* p.9), che " Purveyors of anti-truth hostility are legion". A questi vanno aggiunti le legioni dei nemici della verità che esistono tra i giuristi, dei quali si dirà più oltre nel testo.
3. Per un esame abbastanza ampio al riguardo cfr. Goldman, *op.cit.,* p.9 ss.; cfr. anche Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law,* Lawrence,Kansas, 1997, p.13 ss.
4. Cfr. ad esempio i saggi raccolti in Rorty, *Truth and Progress. Philosophical Papers,* vol.3, Camridge, Mass. ,1998.
5. Ad esempio, Goldman, *op.cit.,* p.11, parla del "palpable error" che sta alla base del pensiero di Rorty sulla verità, e definisce come "strikingly abortive" i suoi argomenti contro la tesi che ammette la conoscibilità della verità (p.27). Altre critiche taglienti sono quelle svolte da Susan Haack in *Manifesto of a Passionate Moderate,* Chicago-London 1998, p.18 ss., la quale parla, a questo proposito, di una "wearily arrogant denigration of the concern for truth" (p.23) e di "intellectual kidnapping" (p.25).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION666 666 4/10/2007 14:40:56

occorre giungere se si aderisce alla tesi avanzata da un altro famoso esponente del postmodernismo, ossia Jacques Derrida, secondo il quale non esiste alcuna realtà conoscibile al di là del testo[6]. Nella cultura filosofica degli ultimi anni, ed in particolare in quella che è apparsa come maggiormente *à la page*, si è dunque diffusa una varietà di scetticismi che ha finito col collocare il problema della verità oltre i confini di ciò che sarebbe appropriato pensare e discutere

I nemici della verità come concetto dotato di senso nel contesto processuale non sono però soltanto coloro che affrontano il problema sul piano filosofico generale, e che quindi –destituendo di senso il concetto di verità su tale piano- non potrebbero ritenerlo dotato di senso all'interno della più specifica dimensione del processo giudiziario. Nemici non meno numerosi, infatti, si trovano anche nell'ambito dei giuristi che pur senza porsi esplicitamente –almeno nella maggior parte dei casi- il problema filosofico della verità, tuttavia condividono posizioni scettiche o comunque negative rispetto all'ipotesi che la scoperta della verità dei fatti possa o debba essere considerata come uno scopo del processo. Semplificando molto, per ragioni di chiarezza, un panorama di opinioni piuttosto vario, si potrebbero distinguere gli orientamenti di questi giuristi in due categorie principali, ossia: coloro che negano che la verità *possa* essere accertata nel processo, e coloro che negano che la verità *debba* essere ricercata nel processo[7].

L'argomento che accomuna coloro che negano che la verità possa essere accertata nel processo fa perno solitamente sulla considerazione che il processo non è un luogo di ricerca scientifica in cui la verità possa essere ricercata indefinitamente, ed è invece caratterizzato da limitazioni di varia natura: esistono infatti norme che escludono la possibilità di avvalersi di determinati tipi di prove, norme che prescrivono procedimenti particolari per l'acquisizione delle prove, norme che vincolano la valutazione delle prove, ed anche norme che impongono di porre fine al processo e stabiliscono –con la cosa giudicata- l'immutabilità dei suoi risultati. Tutto ciò, si dice, renderebbe impossibile la ricerca della verità intorno ai fatti della causa. Quindi –è la conseguenza che se ne trae- bisogna rinunciare all'idea che la verità dei fatti possa essere stabilita nel processo[8]: al più si potrebbe parlare di una verità "formale", o "processuale", che non avrebbe nulla a che vedere con la verità "vera" che –sempre secondo questo orientamento- si potrebbe accertare fuori del processo[9].

---

6. Per una sintesi e una cristica di questa posizione cfr. Goldman, *op.cit.,* p.17 ss.. Sul pensiero di Derrida cfr. anche Litowitz, *op.cit.,* p.87 ss.
7. Più diffusamente intorno a questi orientamenti cfr. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali,* Milano 1992, p.7 ss. (tr.sp.: *La prueba de los hechos,* Madrid 2002, p.27 ss.).
8. Cfr. ad es. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil,* III ed., Madrid 2002, p.244, 248.
9. Su queste concezioni della verità v. *infra,* par.3.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION667 667 4/10/2007 14:40:56

Coloro i quali negano che la verità debba essere accertata nell'ambito del processo si fondano –senza chiedersi in realtà se la verità possa essere accertata- su un atteggiamento teorico (*rectius*: ideologico) che muove da una premessa generale relativa alla funzione che si assegna al processo. Secondo questa ideologia, il processo è finalizzato *esclusivamente* alla soluzione del conflitto che ha dato luogo alla controversia[10]. Ciò che il processo persegue è soltanto un risultato di fatto, ossia la circostanza che le parti pongano fine al conflitto. In questa prospettiva, ciò che diventa particolarmente rilevante è che il *procedimento* che viene seguito per decidere la controversia possa legittimare la decisione che lo conclude, inducendo le parti ad accettarla e quindi –appunto- a non proseguire la controversia. Questa idea si ritrova in vari luoghi della cultura giuridico-filosofica degli ultimi decenni, dalla *Legitimation durch Verfahren* di Luhmann alla *procedural justice* di Rawls e degli esperimenti di psicologia sociale che hanno stabilito quale tipo di procedimento apre più adatto a suscitare negli interessati l'accettazione della decisione che lo conclude[11]. Peraltro, le sue manifestazioni più diffuse ed imponenti si trovano nelle teorizzazioni dell'*adversarial system* statunitense, secondo le quali tale sistema processuale è per definizione il migliore e risolve le controversie con soddisfazione delle parti, in quanto queste hanno il monopolio delle attività processuali ed istruttorie. In un diverso ambito culturale, un orientamento analogo emerge nei teorici di quello che definirei "veteroliberalismo" processuale, ossia l'orientamento secondo il quale il miglior sistema processuale sarebbe quello in cui il giudice è sostanzialmente privo di poteri, e tutto il processo è rimesso alla libera ed autonoma iniziativa delle parti[12].

Benchè molto diversi tra loro sotto vari aspetti, questi orientamenti hanno in comune un carattere fondamentale che consiste nella più completa indifferenza rispetto alla qualità e al contenuto della decisione che pone fine al processo. Come si è detto, infatti, essi prendono in considerazione *soltanto* il procedimento, non la decisione che da esso viene prodotta. E' il processo che –se è strutturato facendo perno sulle parti- legittima la decisione: questo processo legittima *qualsiasi* decisione, dato che non esistono criteri autonomi –e indipendenti rispetto

10. Su questa concezione del processo è tuttora fondamentale l'analisi di Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Un'analisi comparatistica*, tr.it. Bologna 1991, p.173 ss.. In senso critico al riguardo cfr. in particolare Fiss, *The Law as It Could Be,* New York-London 2003, p.21 ss., 51 ss..
11. Cfr. in particolare i saggi raccolti in Lind-Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice,* New York-London 1988 e in *Procedural Justice,* ed. by K.F.Rohl and S.Machura, Dartmouth 1997.
12. Su questo orientamento cfr., anche per riferimenti, Taruffo, *Poteri probatori del giudice e delle parti in Europa,* in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2006, p.451 ss. (tr.sp.: *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa,* in *Rev.der.proc.* 2006, 2, p.401 ss.).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION668 668 4/10/2007 14:40:56

al procedimento- in base ai quali si possa stabilire quando una decisione è buona e quando non lo è[13]. In una prospettiva di questo genere, la verità dei fatti non assume alcun rilievo: è qualcosa di assolutamente trascurabile. Anzi: è qualcosa di fastidioso e di controproducente, per l'ovvia ragione che ricercare la verità richiede tempo, risorse ed attività processuali che non vale la pena di sprecare. I teorici più coerenti dell'*adversary system* lo dicono chiaramente: *non bisogna* ricercare la verità perché ciò renderebbe il sistema di risoluzione dei conflitti meno efficiente. Le parti, si dice, non sono interessate a ricercare la verità, e la verità può addirittura approfondire il conflitto invece che contribuire a risolverlo[14]. Non manca, tra i sostenitori della bontà dell'*adversary system,* qualcuno che pensa che si tratti di un buon metodo processuale per scoprire la verità dei fatti[15], ma questa opinione sembra priva di fondamento: è storicamente confermato che l'*adversary system* non è mai stato orientato alla scoperta della verità[16], e pare comunque evidente che esso non sia finalizzato all'accertamento della verità dei fatti[17].

Nell'ampio elenco di coloro che possono essere qualificati come "nemici della verità" vanno comunque inclusi anche coloro che, seguendo la prospettiva dell'orientamento di pensiero noto come *law and economics,* tendono a considerare la funzione del processo esclusivamente da punto di vista della efficienza economica della risoluzione dei conflitti. Così, ad esempio, si afferma che da un punto di vista economico la funzione principale del giudizio non è quella di produrre la conoscenza dei fatti, ma quella di dissuadere i consociati dal tenere comportamenti indesiderabili[18].

3. DISTINZIONI FALLACI

Molti dei discorsi fatti dai "nemici della verità" al fine di negare che la verità possa o debba essere ricercata nel processo utilizzano due distinzioni che sono

13. Cfr. Damaška, *op.cit.,* p.239.
14. Cfr. ad es. Landsman, *The Adversary System. A Description and A Defense,* Washington-London 1984; Saltzburg, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge,* in 64 *Va.L.Rev.* 1978, p. 9 ss.. In seno critico, ma confermando che questo è un aspetto fondamentale della concezione nordamericamna della giustizia, cfr. Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way to Law,* Cambridge, Mass., 2001, p.99 ss.
15. Cfr. ad es. Landsman, *op.cit.,* p.5, 36; Walpin, *America's Adversarial and Jury System: More Likely to do Justice,* in 26 *Harv.J.Law & Publ.Pol.* 2003, p. 175 ss.
16. Cfr. Langbein, *The Origins of Adversarial Criminal Trial,* Oxford-New York 2003, p.332 ss.
17. Per la giustificazione di questa affermazione cfr. Taruffo, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana,* Padova 1979, p.44 ss.
18. Cfr. Franzoni-Marchesi, *Economia e politica economica del diritto,* Bologna 2006, p.178, ove si attenua il peso dell'affermazione ammettendo che la conoscenza dei fatti possa essere almeno indirettamente perseguita nel processo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION669 669 4/10/2007 14:40:56

diventate da tempo dei luoghi comuni, ma che appaiono completamente infondate: vale dunque la pena di parlarne, se non altro allo scopo di liberare il discorso teorico da complicazioni inutili e fuorvianti.

La prima di queste distinzioni, assai diffusa, è quella che si pone tra verità *assoluta* e verità *relativa.* Essa è particolarmente frequente in coloro che, nell'ambito della teoria del processo, assumono l'atteggiamento di quello che –parafrasando Popper- si può definire come *assolutista deluso*: si tratta di colui che muove dallla premessa che quando si parla di verità si parli di verità assoluta, per poi scoprire che nel processo non si possono scoprire verità assolute e concludere che –quindi- nel processo non si può scoprire la verità. Analogamente, e sempre presupponendo, più o meno implicitamente, che la verità possa solo essere assoluta, si dice che nel processo non si può scoprire la verità, e quindi bisogna accontentarsi di probabilità[19].

La distinzione tra verità assoluta e verità relativa appare, però, sostanzialmente priva di senso. Nella cultura attuale si parla di verità assolute soltanto in qualche metafisica e in qualche religione integralista. Neppure la scienza, infatti, parla più di verità assolute, e nella vita quotidiana solo qualcuno irrimediabilmente ammalato di presunzione può affermare che le sue verità sono assolute. Accade normalmente, quindi, in generale ed in particolare nel diritto e nel processo, che si possa parlare correttamente soltanto di verità "relative": ogni verità, infatti, è *context-laden* ed è vincolata alla situazione in cui viene ricercata e stabilita, alle informazioni su cui si fonda, al metodo che si segue per stabilirla, alla validità ed efficacia dei controlli che si pongono in essere per confermarla[20]. Ciò accade nella scienza, ed a maggior ragione accade in contesti meno rigorosi, come quelllo del processo. Tuttavia, il fatto che si possa sensatamente parlare, in generale e nel contesto del processo, soltanto di verità relative, non significa che la verità non esista, non abbia senso e non possa essere stabilita: significa soltanto che la verità non è mai assoluta e va stabilita sulla base delle prove disponibili. Ciò vale in tutti gli ambiti di conoscenza razionale, e vale in particolare nell'ambito del processo. E' dunque opportuno convenire che quando si parla di verità processuale si parla solo di verità relativa, lasciando le verità assolute ad altri ambiti, nei quali della verità non si dà alcuna dimostrazione razionale.

La seconda distinzione della quale è utile liberarsi, e che in qualche misura coincide con quella ora discussa, è quella che viene frequentemente proposta, in particolare dai processualisti, e che si fonda sulla differenza tra verità *formale* e

19. Cfr. ad es. Franzoni-Marchesi, *op.cit., loc.cit.*
20. Più ampiamente in proposito cfr. Taruffo, *La prova,* cit., p.53 ss. (tr.sp.: *La prueba,* cit., p.71 ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION670 670 4/10/2007 14:40:57

verità *materiale, sostanziale* o *reale.* Secondo i fautori di questa distinzione nel processo si può stabilire solo una verità "formale", o una "fissazione formale dei fatti", mentre fuori del processo si accerterebbe la verità "reale". La verità che si accerta solo nel processo sarebbe soltanto formale, e diversa da quella reale, a causa dei limiti normativi, temporali e pratici, che la disciplina e il funzionamento concreto del processo pongono alla ricerca della verità; fuori del processo si stabilirebbe invece la verità reale dato che questi limiti non esistono. Anche questa distinzione sembra infondata, e quindi degna di essere abbandonata[21]. Da un lato, infatti, non è vero che esistano due verità diverse, una processuale ed una extraprocessuale. Dall'altro lato, non è vero che fuori del processo non vi siano limiti alla scoperta della verità, mentre il processo pone limiti e quindi costringerebbe ad accertare qualcosa di diverso da ciò che si potrebbe accertare fuori del processo. Come si è appena detto, invero, qualunque verità è relativa alle informazioni su cui si fonda e ai metodi che si impiegano per accertarla, e ciò vale allo stesso modo all'interno del processo e fuori del processo. Non esistono, dunque "due" verità diverse, e tanto meno esiste una specifica verità tipica del processo e diversa dalla verità extraprocessuale[22]. In tutti i casi, nel processo come fuori del processo, il problema della verità è quello della migliore approssimazione possibile alla realtà storica ed empirica dei fatti che bisogna accertare[23].

Bisogna invece sottolineare che esistono processi nei quali la ricerca della verità viene facilitata e favorita dalla disciplina delle prove e del procedimento, e processi nei quali questa ricerca viene ostacolata o resa addirittura impossibile. La distinzione rilevante, quindi, non è tra ciò che accade nel processo e ciò che accade fuori del processo, ma tra i diversi tipi di processo. Esistono infatti processi nei quali la ricerca della verità viene resa particolarmente difficile proprio dalle norme processuali e probatorie. Se, ad es., si pensa ad un processo in cui vi sono varie norme di prova legale e molte norme che impongono l'esclusione di prove rilevanti per l'accertamento dei fatti, si pensa ad un contesto processuale nel quale difficilmente si può scoprire la verità. In questo caso non si può dire che venga accertata una verità "formale". Semplicemente non si accerta la verità, perché la disciplina del processo ostacola, invece di favorire, l'accertamento della realtà dei fatti. Considerazioni analoghe possono esser fatte a proposito dei molti casi in cui si prevedono procedimenti sommari, nei quali i fatti non si stabiliscono in base alle prove, ma in base alla verosimiglianza della narrazione

21. In proposito cfr. le argomentazioni svolte da Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho,* Madrid-Barcelona 2002, p.63 ss.. Cfr. anche Taruffo, *La prova,* cit., p.152 ss. (tr.sp.: *La prueba,* cit., p.176 ss.).
22. Su questi temi cfr. per tutti Ferrer Beltrán, *op.cit.,* p.71.
23. V. più ampiamente Taruffo, *La prova,* cit., p.155 ss. (tr.sp.: *La prueba,* cit., p.179 ss.).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION671 671 4/10/2007 14:40:57

che qualcuno ha proposto dei fatti della causa[24]. Può anche accadere che procedimenti di questo genere siano utili a qualche scopo pratico, ma non si può dire che essi siano orientati alla scoperta di una verità "formale". E' più corretto dire –invece- che in essi si privilegiano altri valori, diversi da quello della scoperta della verità, per conseguire i quali si paga il costo consistente nel non fondare la decisione sulla verità dei fatti.

Al contrario, esistono tipi di processo che risultano orientati verso la scoperta della verità. Se si immagina un processo nel quale tutte le prove utili all'accertamento dei fatti possano essere prodotte ed utilizzate, e nel quale le prove vengano valutate dal giudice in maniera discrezionale e con lo scopo di stabilire la verità dei fatti, si sta pensando ad un processo nel quale è più agevole l'accertamento della verità."reale".

In sostanza, la verità che si accerta nel processo non è "formale" per il solo fatto che viene accertata all'interno del processo; piuttosto, si tratta di una verità che è più o meno approssimata alla verità "reale" a seconda di come è strutturato il processo nel quale essa viene stabilita.

4. IL VALORE DELLA VERITÀ

Mentre i "nemici della verità" finiscono col negare qualsiasi valore alla verità e ai discorsi sulla verità, sembra possibile argomentare in senso esattamente contrario, attribuendo alla verità un valore positivo, e quindi configurandola come qualcosa "che importa"[25], e che quindi vale la pena di essere ricercata e per quanto possibile conseguita. Si tratta di un valore "regolativo" che orienta l'atteggiamento che si deve avere nei confronti dei fatti, ma questa sua natura di "punto di riferimento" non ne fa venir meno l'importanza, ed anzi consente di configurarlo come valore di rilevanza generale[26]. Vi sono almeno quattro ragioni che possono essere invocate a sostegno di questa attribuzione di valore alla verità.

Anzitutto, si può pensare alla verità come ad un valore di carattere *morale.* Da un lato, infatti, sarebbe inaccettabile qualunque sistema etico fondato sulla falsità, o anche soltanto sull'indifferenza rispetto alla distinzione tra il vero e il

24. Sulla distinzione concettuale tra verosimiglianza e verità cfr. Taruffo, *La prova,* cit., p.158 ss. (tr.sp.: *La prueba,* cit., p.183 ss.).
25. Il riferimento è al sottotitolo del recente libro di Michael Lynch, *True to Life. Why Truth Matters*, Cambridge,Mass.-London 2004, interamente dedicato a dimostrare l'importanza della verità.
26. In particolare sulla verità come valore regolativo cfr. Parrini, *Verità e realtà,* in *La verità. Scienza, filosofia e società,* a cura di di S.Borutti e L.Fonnesu, Bologna 2005, p.92 ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION672 672 4/10/2007 14:40:57

falso. Sarebbe cioè inaccettabile qualunque sistema morale che in qualunque modo attribuisca legittimazione alla falsità. Dall'altro lato, la verità si può configurare come un requisito essenziale dell'integrità intellettuale dell'uomo[27], e della sincerità e fiducia sulle quali dovrebbero fondarsi i rapporti interpersonali[28].

In secondo luogo, la verità assume un valore di carattere *politico.* Come ha chiaramente spiegato Michael Lynch, "concern for truth is a constitutive part of liberal democracy"[29]. Analogamente, uno dei maggiori filosofi del '900, ossia Bernard Williams, ha messo in luce le connessioni dirette che esistono tra verità, democrazia e libertà[30]. Il nucleo fondamentale del valore politico della verità consiste nel fatto che il potere democratico deve fondarsi, per essere tale, su un "patto di verità" con i cittadini[31]. La storia dimostra, d'altronde, che la menzogna e l'inganno sono stati e sono gli strumenti tipici con i quali i sistemi di potere autoritari o totalitari esercitano il dominio sulla società[32].

In terzo luogo, appare evidente che la verità rappresenta un valore fondamentale nell'ambito della teoria della conoscenza, ed è quindi un valore di carattere *epistemologico*[33]. Sarebbe invero assurda qualunque epistemologia fondata sull'idea che la conoscenza debba orientarsi verso la falsità e l'errore, o sulla premessa che non vi sia nessuna differenza tra conoscenze vere ed affermazioni false[34].

Infine, pare lecito considerare la verità anche come un valore di carattere *giuridico*. In questo senso è sufficiente ricordare che in molte aree del diritto e in molti istituti giuridici, dai contratti alla prova testimoniale, la verità rappresenta una condizione essenziale di validità di un atto o di una dichiarazione.

---

27. Su questo punto cfr. in particolare Lynch, *op.cit.,* p.131 ss.
28. In questo senso cfr. in particolare Williams, *Truth and Truthfulness.An Essay in Genealogy,* Princeton 2002, p.88 ss.
29. Cfr. Lynch, *op.cit.,* p.160 ss.
30. Cfr. Williams, *op.cit.,* p.210 ss.
31. Di "patto di verità" tra governo e popolo parlava Roosevelt, come opportunamente ricorda Eduardo Couture sottolineando come in esso si ritrovi l'aspetto affermativo e concreto della democrazia: cfr. Couture, *El arte del derecho y otras meditaciones,* 1, Mexico 2002, p.14.
32. Un esempio significativo è la curiosa "teoria della verità" con la quale Donald Rumsfeld ha tentato di giustificare la guerra in Iraq affermando l'esistenza delle armi di distruzione di massa che si affermavano essere in possesso del regime di Saddam Hussein, ma che non esistevano. Un'intressante discussione di questo esempio si trova in Norris, *Epistemology. Key Concepts in Philosophy,* London-New York, p.18 ss.
33. Per un ampio esame del problema della verità nell'epistemologia moderna cfr Goldman, *op.cit.,* p.41 ss.. Per un approccio critico cfr. Norris, *op.cit.,* p.129 ss.
34. Esistono tuttavia orientamenti epistemologici nei quali si nega il valore o la possibilità della verità: cfr. il panorama tracciato da Goldman, *op.cit.,* p.7 ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION673 673 4/10/2007 14:40:57

Nell'ambito del valore giuridico della verità è possibile mettere in particolare rilievo il valore *processuale* che alla verità va riconosciuto. Questo valore processuale risulta evidente se si pensa che il processo sia finalizzato non solo a risolvere controversie, bensì a risolvere controversie per mezzo di decisioni giuste. La giustizia della decisione, infatti, non dipende soltanto dal fatto che essa costituisca l'esito di un processo che si è svolto in modo corretto, ossia nel rispetto di tutte le garanzie che riguardano l'indipendenza e l'imparzialità del giudice e i diritti delle parti, né soltanto dal fatto che il giudice abbia correttamente interpretato ed applicato la norma che viene assunta come criterio giuridico di decisione. Queste condizioni sono necessarie, ma non sono sufficienti a determinare la giustizia della decisione. Come affermano molti filosofi[35], vari processualisti[36], ed addirittura anche un *fact-skeptic* come Jerome Frank[37], nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda su una ricostruzione errata, non veritiera, dei fatti che costituiscono l'oggetto del processo. Da questo punto di vista, la verità della decisione sui fatti costituisce una *condizione necessaria* della giustizia della decisione stessa[38]. Come ha efficacemente scritto Mirjan Damaška, "accuracy in fact-finding constitutes a precondition for a just decision"[39].

In realtà, pochi sarebbero disposti ad ammettere che una sentenza fondata su un accertamento falso dei fatti sia una buona sentenza, e tanto meno sarebbero disposti ad ammettere che una sentenza di questo genere possa considerarsi giusta. Più in generale, sarebbe assai difficile ammettere che un ordinamento nel quale l'amministrazione della giustizia si fondi sistematicamente sulla legittimazione dell'errore e della falsità nell'accertamento dei fatti, o –il che è lo stesso- sull'indifferenza verso la distinzione tra un accertamento falso ed un accertamento veritiero, sia un buon ordinamento, ossia un ordinamento nel quale si amministra una giustizia degna di questo nome.

Tuttavia, anche quando si ammette che l'accertamento della verità rappresenti una delle finalità che il processo deve cercare di conseguire, spesso si dice che la ricerca della verità deve essere resa compatibile con la realizzazione di altri valori e di altri interessi, e quindi in varia misura limitata, se non del tutto esclusa. Vi sarebbero, cioè, vari fattori che contrastano con la ricerca della verità

35. V. per tutti Atiyah-Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law,* Oxford 1987, p.157 ss.; Heller, *Oltre la giustizia,* tr.it. Bologna 1990, p.21, Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* II ed., Bari 1990, p.9 ss., 44.
36. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, Taruffo, *La prova,* cit., p.43 ss. (tr.sp.: *La prueba,* cit., p.63 ss.).
37. Cfr. Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American justice,* Princeton 1950, p.95 ss.
38. Per uno svolgimento più ampio di quest argomentazione cfr.Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile,* Bologna 2002, p.219 ss. (tr.sp.: *Sobre las Fronteras. Escritos Sobre la Justicia Civil,* Bogotà 2006, p.199 ss.).
39. Cfr. Damaška, *Truth in Adjudication,* in 49 *Hastings L.J.* 1998, p.289.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION674 674 4/10/2007 14:40:58

nell'ambito del processo, e che spesso prevalgono sulla realizzazione del valore costituito dall'accertamento della verità[40]. Questi fattori sono della natura più diversa, ed includono ad esempio la disciplina di vari mezzi di prova, l'esclusione di determinate prove o della possibilità di provare determinati fatti, la presenza di regole di prova legale, l'esigenza che il processo si concluda rapidamente, la necessità di fondare la decisione su un accertamento sommario o incompleto dei fatti, e così via. In sostanza, la ricerca della verità nell'ambito del processo potrebbe essere limitata, o addirittura esclusa, in funzione dell'opportunità di far prevare l'attuazione di valori o la soddisfazioni di interessi che con tale ricerca entrano in conflitto. Si tratta di un argomento che si incontra spesso, e che richiede qualche ulteriore considerazione.

Da un lato, come si è detto in precedenza, non è dubbio che la verità della quale si può parlare nell'ambito del processo sia relativa, contestuale, approssimata e dipendente dalla quantità e dalla qualità delle informazioni che le prove introducono nel processo. Dall'altro lato, però, ciò non implica che il valore della verità debba essere messo sullo stesso piano di qualunque altro valore o interesse che possa avere qualche rilevanza, né –tanto meno- che il valore rappresentato dalla ricerca della verità debba sempre essere sacrificato per dare la priorità a qualunque altro valore o interesse che per qualche ragione possa entrare in conflitto con la ricerca della verità. Il problema, dunque, non è semplicemente quello di trovare un punto di equilibrio tra la ricerca della verità e i fattori che con essa contrastano[41], né –tanto meno- di limitarsi a constatare che questi fattori debbono avere necessariamente la prevalenza. Ciò che occorre è –invece- una più appropriata qualificazione del valore rappresentato dalla verità nell'ambito del processo.

Se, come si è detto più sopra, si tratta di un importante valore etico, politico ed epistemico, oltre che giuridico, e se la verità dell'accertamento dei fatti costituisce una condizione necessaria della giustizia della decisione, allora non si può fare a meno di qualificare come *fondamentale* il valore rappresentato dalla verità nel contesto del processo. Non si tratta, però, di una qualificazione meramente retorica. Dire che la verità rappresenta un valore fondamentale del processo significa che l'attuazione di questo valore dovrebbe prevalere sulla soddisfazione di interessi o sull'attuazione di valori che non siano altrettanto fondamentali, o che non siano affatto fondamentali. Non si tratta, come si è già accennato,

40. In argomento cfr ad es. Damaška, *op.cit.,* p.290 ss.; Id., *Epistemology and legal regulation of proof,* in 2 *Law, Probability and Risk* 2003, p.117 ss.
41. Questo sembra essere invece l'orientamento di Damaška in *Epistemology,* cit.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION675 675 4/10/2007 14:40:58

di trovare il punto di equilibrio tra la ricerca della verità e i fattori che con tale ricerca contrastano, ma di stabilire quale valore deve prevalere su un altro. In questa prospettiva si può ritenere che soltanto l'attuazione di valori a loro volta fondamentali possa esser fatta talvolta prevalere sul valore della verità, in caso di contrasto. Così, ad esempio, si può ritenere che l'esclusione dell'impiego di prove illecite, pur comportando una riduzione della possibilità di accertare la verità, sia giustificata in quanto si tratta di dare effettiva attuazione a valori che possono essere a loro volta considerati fondamentali, come la riservatezza o la libertà delle persone. Spesso, però, ci si trova di fronte a regole di esclusione di mezzi di prova, come la *hearsay rule* del diritto nordamericano o la proibizione di usare la testimonianza per provare certi contratti che esiste nel diritto italiano e nel diritto francese, che possono avere qualche giustificazione storica o tecnica ma non sono finalizzate all'attuazione di valori che possano considerarsi fondamentali. Si dovrebbe allora concludere che queste regole di esclusione non meritano di essere conservate: esse, infatti, limitano o impediscono la ricerca della verità ma non soddisfano interessi o valori di livello uguale o superiore a quello della verità.

Un'altra importante conseguenza della qualificazione del valore della verità come fondamentale è che in questo modo si stabilisce un criterio per valutare la qualità e la funzionalità dei vari tipi di processo. Non è possibile svolgere qui questo argomento in tutti i suoi aspetti, ma sembra evidente che se un processo include molte regole di prove legale, molte regole di esclusione di prove che sarebbero rilevanti per l'accertamento dei fatti, e molte limitazioni delle attività probatorie delle parti e del giudice, questo processo risulta essere particolarmente inadeguato alla realizzazione del valore costituito dalla verità dei fatti. Al contrario, se un processo non include regole d'esclusione di prove rilevanti (fatta salva, eventualmente, la regola che impedisce l'uso di prove illecite), permette lo svolgimento di tutte le attività istruttorie delle parti e l'esercizio di adeguati poteri istruttori del giudice, e sottopone la valutazione delle prove alla razionale discrezionalità del giudice orientata alla determinazione della verità dei fatti, allora questo processo risulta essere di gran lunga migliore, proprio perché tende a massimizzare la possibilità che la verità dei fatti venga effettivamente conseguita. Come si è detto più sopra, infatti, la verità che si consegue nel processo è contestuale, ma non tutti i contesti processuali sono uguali e portano a stabilire "la stessa" verità. Alcuni contesti processuali consentono invero una migliore approssimazione alla verità dei fatti, mentre altri contesti processuali limitano, ostacolano o addirittura escludono che la verità possa essere determinata. Così, ad esempio, è chiaro che un sistema processuale rigorosamente *adversarial* non è orientato verso la verità, mentre è più orientato

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION676 676 4/10/2007 14:40:58

in questo senso un sistema processuale nel quale il giudice disponga di poteri d'ufficio per acquisire prove rilevanti non dedotte dalle parti[42].

5. PROBABILITÀ E PROVA

In molti dei discorsi di coloro che escludono la possibilità che in un processo si accerti la verità si riscontra la tendenza a porre il problema della decisione sui fatti in termini di *probabilità.* Si dice, cioè, che il processo non accerta la verità ma stabilisce conclusioni "probabili" intorno ai fatti. In questo uso linguistico assai diffuso si annidano però almeno due errori concettuali. Il primo errore è già stato segnalato in precedenza, e consiste nel pensare alla verità come verità assoluta per poi concludere che essa non può essere stabilita nel processo. Il secondo errore consiste nell'intendere la probabilità come una sorta di di livello inferiore di conoscenza: in questo uso vago e indeterminato "probabile" diventa sinonimo di "incerto", "non sicuro", "possibile", "opinabile", "verosimile" e così via. Il fatto è che questa concezione sostanzialmente negativa e limitativa dell'idea di probabilità è priva di fondamento, oltre a produrre una serie di confusioni e di malintesi concettuali.

Va considerato, al contrario, che la probabilità non solo è da tempo oggetto di approfondite analisi filosofiche e matematiche, e costituisce un campo assai complesso ed articolato del pensiero, ma rappresenta una prospettiva molto utile e feconda per chi intenda razionalizzare il ragionamento del giudice intorno alle prove e all'accertamento dei fatti. In questa direzione, la probabilità non solo non è una sorta di *cognitio inferior* rispetto alla verità, ma si può intendere come *sinonimo della verità* che si può stabilire nel contesto processuale. Si può dunque parlare di "verità probabile" senza nessuna contraddizione, per indicare la verità "relativa" che –come già si è visto- è la sola verità della quale si può sensatamente parlare sia nel processo, sia in moltissimi altri campi della conoscenza comune e scientifica. Non si tratta di una scoperta particolarmente originale, poiché l'uso della probabilità come strumento concettuale per razionalizzare la valutazione giudiziale delle prove, e stabilire il grado di conferma che le prove forniscono agli enunciati sui fatti della causa, è da molto tempo un luogo comune in varie culture giuridiche: esiste anzi una vasta letteratura che elabora costruzioni probabilistiche del ragionamento del giudice con lo scopo di ancorare tale ragionamento a criteri razionalmente controllabili.

42. In proposito cfr. in particolare Taruffo, *Poteri probatori,* cit., p.475 ss. (tr.sp.: *Poderes probatorios,* cit., p.427 ss.).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION677 677 4/10/2007 14:40:58

A questo proposito occorre però qualche ulteriore considerazione. Ciò è reso necessario dal fatto che il concetto di probabilità non è –e non è mai stato- un concetto semplice ed omogeneo, con la consequenza che non sono né semplici né omogenee le applicazioni che di tale concetto si propongono nell'ambito del processo. Semplificando radicalmente un discorso che dovrebbe essere assai esteso e complesso, va infatti ricordato che solitamente si distinguono almeno due concezioni fondamentali della probabilità: una è la probabilità detta "pascaliana", o quantitativa, che serve a calcolare la frequenza di un evento determinato all'interno di una classe di accadimenti; l'altra è la probabilità detta "baconiana", o logica, che serve a stabilire il grado di conferma logica di un enunciato sulla base dell'informazione che si riferisce a quell'enunciato[43].

Negli ultimi decenni si è sviluppata, principalmente negli Stati Uniti, una scuola di pensiero secondo la quale la concezione quantitativa della probabilità, ed in particolare il teorema di Bayes, sarebbe lo strumento concettuale più adeguato per la razionalizzazione del ragionamento del giudice sulle prove. Questa impostazione ha dato luogo ad una notevole quantità di contributi e di ipotesi applicative[44], ma non sembra che abbia avuto successo nel fornire una versione oggettiva e "calcolabile", in termini di probabilità quantitativa, della valutazione delle prove. Non è possibile fornire qui una giustificazione analitica di questa opinione: basti accennare al fatto che il teorema di Bayes presuppone la precisa quantificazione di alcuni fattori che tuttavia non sono quantificabili nel contesto del processo: ciò pare essere una ragione sufficiente per sostenere che la concezione bayesiana del ragionamento probatorio non è di alcuna utilità nella grandissima maggioranza dei casi concreti, e certamente non può costituire il modello del ragionamento del giudice[45]. Vero è infatti che in talune situazioni si può ammettere l'uso probatorio delle frequenze statistiche, ma ciò non rappresenta la normalità, oltre a creare una serie di problemi di difficile soluzione e numerosi rischi di fraintendimento e di errore[46].

---

43. Su questa distinzione, ormai divenuta un luogo comune nella teoria della probabilità, cfr. in particolare Cohen, *The Probable and the Provable,* Oxford 1977, p.5 ss., 144 ss.; Id., *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità,* tr.it. Milano 1998, p.5 ss., 49 ss., 137 ss., 171 ss.; Hacking, *L'emergenza della probabilità. Ricerca filosofica sulle origini delle idee di probabilità, induzione e inferenza statistica,* tr.it. Milano 1987, p. 21 ss., 37 ss.. Cfr. anche Taruffo, *La prova,* cit., p.166 ss., 199 ss. (*La prueba,* cit., p.190 ss., 223 ss.) .
44. Cfr. ad es. i saggi ora tradotti nel volume *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianismo*, a cura di Peter Tillers ed Eric D.Green, Milano 2003, ed in particolare Schum, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning,* New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapore 1994.
45. Per un più ampio svolgimento cfr. Taruffo, *La prova,* cit., p.168 ss. (tr.sp. *La prueba,* cit., p.193 ss.).
46. In argomento cfr. per tutti Frosini, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale,* Milano 2002.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION678 678 4/10/2007 14:40:58

La realtà del contesto processuale, e dell'uso che in esso viene fatto delle prove con il fine di accertare della verità dei fatti, viene assai meglio interpretata dal concetto di probabilità come conferma logica, nel quale la probabilità corrisponde appunto al grado di conferma che le prove disponibili attribuiscono agli enunciati relativi ai fatti della causa[47]. In questa prospettiva, si può dire che la verità dei fatti equivale al grado di conferma –o di probabilità logica- che le prove attribuiscono agli enunciati nei quali i fatti della casusa sono descritti. Non vi è dunque una distinzione concettuale tra verità e probabilità: la verità "relativa" si esprime in termini di probabilità logica, nel senso che si considera "vero" l'enunciato di fatto che in base alle prove raggiunge un grado adeguato di conferma logica[48]. In questa prospettiva, la funzione della prova consiste nel fornire al giudice i dati conoscitivi necessari per stabilire qual è il grado di conferma che spetta agli enunciati di fatto, e quindi per decidere quale di questi enunciati può essere assunto come "vero".

6. GRADI DI PROBABILITÀ E STANDARDS DI DECISIONE

Poiché la decisione sui fatti si fonda sulla scelta della descrizione di essi che dalle prove riceve un grado adeguato di conferma logica, si tratta ora di stabilire in che cosa consiste e come si determina l'adeguatezza del grado di conferma che il giudice deve prendere in considerazione. In proposito è utile distinguere a seconda che esistano o non esistono criteri normativi finalizzati a guidare la scelta del giudice.

In molti casi questi criteri non esistono. E' quanto accade in tutti i sistemi processuali civili nei quali la valutazione delle prove, e quindi la decisione sui fatti, viene affidata alla discrezionalità del giudice. Si tratta del ben conosciuto principio del "libero convincimento", che con varie formulazioni è presente in molti ordinamenti. Peraltro, che il convincimento che il giudice forma sulle prove sia libero significa che esso non è vincolato da norme (di prova legale), ma non significa che esso possa essere casuale o arbitrario[49]; esso, anzi, deve essere guidato da regole logiche e da criteri che ne consentano una formulazione razionale e controllabile. In questa prospettiva emerge la possibilità di applicare un criterio razionale di decisione, che si può definire come il criterio della *probabilità prevalente.* In termini generali questo criterio dice che in presenza di

47. In proposito cfr. soprattutto Cohen, *op.cit.*. Cfr. anche Taruffo, *La prova,* cit., p.199 ss. (tr.sp.: *La prueba,* cit., p.223 ss.).
48. In proposito cfr. in particolare Ferrer Beltrán, *op.cit.,* p.77 ss.
49. Su questo aspetto del problema cfr. più ampiamente Taruffo, *La prova,* cit., p.369 ss. (tr.sp.: *La prueba,* cit., p.394 ss.).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION679 679 4/10/2007 14:40:59

più ipotesi relative all'esistenza o inesistenza di un fatto, è razionale scegliere l'ipotesi che sulla base delle prove ha acquisto il grado relativamente più elevato di conferma logica[50]. Il criterio della probabilità prevalente include in realtà due regole: quella del "più probabile che no" e quella della "prevalenza relativa della probabilità".

La regola del *più probabile che no* implica che per ogni enunciato fattuale si consideri la possibilità che esso sia vero o falso, il che implica che sullo stesso fatto vi sono sempre due ipotesi complementari: una positiva e l'altra negativa. Tra queste due ipotesi il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove, ha un grado di conferma logica superiore all'altra: sarebbe infatti irrazionale preferire l'ipotesi che risulta essere meno probabile dell'ipotesi inversa. Se si pensa all'ipotesi positiva, ciò si verifica quando le prove hanno fornito una conferma della verità dell'enunciato sul fatto. Si avrà invece una probabilità prevalente dell'ipotesi negativa quando sull'esistenza del fatto non vi sono prove, o vi sono elementi di prova deboli ed incerti, o contraddittori., ed a maggior ragione quando vi siano prove che dimostrano la verità dell'ipotesi che nega l'esistenza del fatto.

La regola della *prevalenza relativa* entra in gioco quando a proposito dello stesso fatto vi sono ipotesi diverse, ossia quando il fatto viene narrato da vari enunciati in maniere diverse. Prendendo in considerazione solo quelle ipotesi che in base alle prove sono risultate "più probabili che no", ossia quelle che hanno ricevuto una conferma probatoria positiva, la regola in questione implica che il giudice scelga come "vero" l'enunciato di fatto che ha ricevuto dalle prove il grado di conferma relativamente maggiore.

La situazione appare notevolmente diversa quando esistono standards normativi che si riferiscono alla scelta del giudice intorno a ciò che si considera vero in quanto provato. L'esempio principale è costituito dalle ipotesi nelle quali si ritiene che nel processo penale si possa irrogare la condanna solo quando la colpevolezza dell'imputato risulta provata "al di là di ogni ragionevole dubbio". Si tratta del criterio della *proof beyond any reasonable doubt* che si è da tempo affermato nella giurisprudenza delle corti nordamericane, e che viene seguito anche in vari ordinamenti di *civil law*[51]. Si tratta evidentemente della

50. Sul fondamento razionale di questo criterio v. in particolare Clermont-Sherwin, *A Comparative View of Standards of Proof,* in 50 *Am.J.Comp.L.* 2002, p, 251 ss.. Cfr. anche Taruffo, *La prova,* cit., p.272 ss. (tr. sp.: *La prueba,* cit., p.298 ss.).

51. In argomento cfr. per tutti, e per un'ampia esposizione del tema, Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime,* III ed., Milano 2003, p.116 ss., 154 ss., 195 ss.. Per un approccio critico cfr. Laudan, *Is Reasonable Doubt Reasonable?,* in 9 *Legal Theory* 2003, p.295 ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION680 680 4/10/2007 14:40:59

conseguenza di una scelta fondamentale di carattere etico, prima ancora che giuridico, secondo la quale è preferibile che molti colpevoli vengano assolti piuttosto che un innocente sia condannato. Questa opzione etica porta a verie conseguenze, una delle quali riguarda appunto il grado di conferma probatoria che l'ipotesi relativa alla colpevolezza dell'imputato deve conseguire perché possa considerarsi come "vera" e possa quindi dare fondamento alla condanna. Tale grado non è precisamente determinabile, ma è evidente che esso deve essere particolarmente elevato: si tratta di un grado di conferma assai più elevato di quello della probabilità prevalente, e che deve essere praticamente equivalente o approssimabile alla certezza intorno alla veridicità dell'enunciato di fatto

La possibilità che, a seconda dei casi, si impieghino diversi standards probatori non fa venir meno, comunque, la premessa per cui il ragionamento del giudice è razionalmente interpretabile in termini di probabilità logica, e la funzione della prova si esplica tipicamente nel fornire al giudice gli elementi conoscitivi in base ai quali va determinato il grado di conferma logica degli enunciati di fatto.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION681 681 4/10/2007 14:40:59

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION682 682 4/10/2007 14:40:59

CAPÍTULO XXVII

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO: FUNDAMENTO PARA UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Miguel Calmon Dantas*

Sumário: 1. Teoria do Processo e o Direito Fundamental à Processualização – 2. Constituição e Processo: Processo e Constituição – 3. Direito Fundamental à Processualização: 3.1. Fundamentação Constitucional; 3.2. Processualização ou Procedimentalização: processo ou procedimento; 3.3. Conteúdo material: abrangência e contraditório; 3.4. Fundamentação material; 3.5. A Processualização e a Teoria Geral do Processo – 4. Conclusão – Referências.

1. A TEORIA DO PROCESSO E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO

De tempos em tempos verifica-se a existência de uma convergência dos estudos e questionamentos doutrinários e do desenvolvimento jurisprudencial e legislativo acerca de determinados temas e institutos jurídicos.

Assim ocorreu no Direito Administrativo com a noção de serviço público, migrando, depois, para o ato administrativo; no Direito Civil, o acento dado à teoria dos atos jurídicos; no Direito Comercial, a relevância dos atos mercantis até a empresa; no Direito Constitucional, as normas constitucionais e sua aplicabilidade.

Não obstante isso, também se verifica o movimento oposto, qual seja, de desatenção da doutrina, da jurisprudência e da instância legislativa quanto a determinados institutos ou temas que despertam questões fulcrais para o Direito e que, como tal, ensejariam o desenvolvimento conforme e concomitante com a atividade teórica que em derredor deles se estabelecessem.

(*) Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Salvador (Unifacs). Professor de Direito Constitucional da Faculdade Baiana de Direito e da Universidade Salvador (Unifacs) e de Direito Econômico da Universidade Salvador (Unifacs). Professor Convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Salvador (Unifacs) e de Direito do Estado do *Jus*PODIVM e dos cursos regulares do *Jus*PODIVM. Procurador do Estado da Bahia. Advogado.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION683 683 4/10/2007 14:40:59

A ausência de desenvolvimento teórico, por sua vez, compromete substancialmente a o âmbito das decisões judiciais e da produção legislativa, causando ou agravando problemas que, numa sociedade complexa, cada vez mais se sucedem.

No plano judicial, a ausência de uma reflexão teórica e doutrinária sobre o processo, condignamente com potencialidade expansiva para todos os âmbitos do Direito, caracterizando-se como ambiente em se produz o Direito, bem como para a promoção e realização dos direitos fundamentais, acaba por compor o quadro da crise de efetividade da prestação jurisdicional, notadamente pela profusão de procedimentos e pela edição contínua de leis que promovem reformas processuais sem que haja uma preocupação com um elemento de convergência, unidade e ordem.

Logo, reflete-se também no plano legislativo, contribuindo para a inflação de leis, estendendo os seus efeitos, igualmente, para o âmbito da Administração Pública e todas as outras áreas em que o paradigma processual se apresenta.

A ausência da atividade teórica a partir de um elemento de convergência, que seria caracterizada por uma teoria geral do processo materialmente fundada e constitucionalmente adequada que possibilitasse o desenvolvimento reflexivo razoavelmente ordenado e uniforme do processo, torna-se, então, mais preocupante ainda, principalmente em Estados de capitalismo periférico porque susceptível de contribuir negativamente para um certo caos jurídico.

E em tal ambiente, destituído de abertura sistemática[1] porque precariamente fundado na interação entre reflexão e *práxis*, há as condições propícias para o arbítrio, posto que as teorias também se erigem contra a arbitrariedade, desde que se revelem como constitucionalmente adequadas, consoante assentado por Christian Atias ao ressaltar que, em face do arbítrio está o direito, constituindo uma muralha de proteção que, embora pareça ser de papel, e como tal, frágil, não cede sequer aos mais brutais assaltos da força[2].

O processo, então, vem sofrendo com a aludia desatenção doutrinária, legislativa e jurisprudencial quanto à reflexão, ao regramento e à operacionalização, repercutindo na incapacidade do próprio Direito e dos seus aplicadores de realização dos fins e programas que lhe são constitucionalmente estabelecidos, pois o

1. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 16-19.
2. ATIAS, Christian. *Théorie contre arbitrarire.* Paris: PUF, 1987, p. 09.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION684 684 4/10/2007 14:40:59

processo é tanto forma inerente de produção do Direito nos Estados constitucionais, como também o ambiente de realização e concretização dos direitos fundamentais. E ao assim se considerar, não se está a reduzir o processo ao processo judicial ou ao processo legislativo.

Não vem sendo destacada a necessidade imperiosa de desenvolvimento de uma teoria geral do processo que tenha uma compostura constitucionalmente adequada, o que contribui para obscurecer a dimensão dialógica e emancipatória do processo, que cada vez mais se releva como forma propícia de produção do direito, de ação estatal, e de proteção e realização dos direitos fundamentais.

Nesse passo, nunca é demais ressaltar que o processo, nos quadrantes de um constitucionalismo dirigente, cuja potencialidade normativa é maximizada pelo pós-positivismo ou neoconstitucionalismo[3], exige uma reflexão apurada que seja compatível com a progressiva expansão que apresenta.

O processo tem se revelado como uma das temáticas mais relevantes da filosofia e da teoria do direito, seja no que concerne ao plano da epistemologia, seja no que tange ao da técnica, ainda que ambos não sejam absolutamente incomunicáveis.

Uma detida análise acerca das indagações mais comuns em seu derredor indica que o estudo do processo, quanto aos seus pressupostos, legitimidade, e natureza garantista, vem progressivamente se deslocando do âmbito do direito processual, civil e penal, e migrando para o da teoria do direito e para o da filosofia, sempre sob os influxos do chamado direito processual constitucional, que resulta da extensão da normatividade constitucional ao processo e do abrigo constitucional de princípios e institutos processuais.

O relevo do processo entremostra-se, então, tanto no plano filosófico, como da teoria do direito, inclusive pela sua ampla e progressiva constitucionalização, que encontra justificativa na percepção da função do processo como meio não apenas de resolução de litígios de que resulte a expropriação de bens ou o cerceamento da liberdade, mas, em verdade, como meio de realização existencial do direito.

---

3. Entende-se por neoconstitucionalismo, ou por constitucionalismo pós-positivista, a etapa contemporânea da ciência do direito constitucional, marcada pela defesa da normatividade dos princípios, concebidos como instância ética ou reserva material de justiça, que se assegura por um sistema de garantias em que têm função primordial de guarda da força normativa constitucional as vias de instauração do controle de constitucionalidade.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION685 685 4/10/2007 14:40:59

Nessa condição, o processo passa a se consubstanciar como um ambiente de proteção, exercício e satisfação de direitos fundamentais, tornando patente a necessidade de apuração das reflexões em seu derredor, sob os influxos do neoconstitucionalismo e da hermenêutica filosófica, portadora de uma dimensão crítico-reflexiva, trazendo consigo a compreensão do processo como um elemento cultural de formação e conformação permanente e possibilitando o cotejo das concepções que usualmente lhe eram atribuídas e das que lhe são postas pelo texto constitucional de 1988.

De qualquer sorte, o rechaço propiciado pela hermenêutica filosófica da concepção de processo como momento apenas da aplicação do direito – que se explicava pela adoção do pensamento lógico e pelo recurso ao método dedutivo –, separando-o da compreensão e da interpretação, por si só, abre uma série de novas perspectivas que merecem a devida exploração, a fim de que o processo alcance a funcionalidade prática que deve decorrer de sua sede constitucional.

De tantas indagações e reflexões que lhe devem ser dirigidas, seja no âmbito da filosofia do direito, seja no da teoria do direito, seja no do direito constitucional, além dos ramos específicos que a ele já se dedicam, cumpre nesse estudo adentrar numa dimensão que resulta de uma nova compreensão do processo, portadora, de maneira ineliminável, da imbricação entre filosofia, teoria do direito e direito constitucional, e resultante, como explicitado, do neoconstitucionalismo.

A devida indagação da disciplina constitucional do processo e das suas garantias, diante do horizonte histórico-cultural em que se está situado, impõe a demarcação e defesa de um direito fundamental a processualização, ou seja, que, além de se reconhecer a sede constitucional do processo, possa lhe ser atribuído um caráter expansivo e tendencialmente difuso, de modo a atingir âmbitos onde até então não incidia, ou assegurar a sua extensão devida a campos de ainda tímida penetração.

O direito fundamental à processualização decorre da estrutura do Estado Democrático de Direito e do pluralismo que lhe é ínsito, bem como do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, concretizado parcialmente nos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, de modo a se sustentar um referencial substancial ou material, rejeitando-se as teses meramente procedimentalistas.

A referida processualização é um imperativo, ocasionando o desprendimento do processo do seu ambiente típico que é a atividade jurisdicional, estendendo-se para as demais funções do Estado e para as atividades privadas, posto que advém

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION686 686 4/10/2007 14:41:00

da associação da dimensão processual dos direitos fundamentais com o devido processo legal.

Essa extensão se dá, em parte, pela necessidade da utilização de estruturas que assegurem uma racionalidade discursiva, materialmente fundada e assentada numa concepção hermenêutico-dialógica e, de outra, por consistir numa conseqüência proveniente da irradiação dos direitos fundamentais, portadores de uma dimensão positiva de caráter processual.

Com efeito, a ação estatal deve se manifestar processualmente, o direito é produzido e compreendido/interpretado/aplicado processualmente, os direitos fundamentais são garantidos processualmente e, ainda, são passíveis de realização ou de limitação também processualmente; não obstante isso, nem sempre em tais manifestações se pode verificar, nos marcos atuais da ciência jurídica pátria, as condições caracterizadoras do processo, o que justifica sobremodo o presente estudo.

Processo distingue-se de procedimento e, embora todo o processo seja procedimento, a recíproca não tem validade, por ser aquele considerado como gênero e esse último tipo por uma espécie.

Não obstante isso, a evolução do direito, sob os influxos do neoconstitucionalismo, não se apega ou se limita em função do desenvolvimento de categorias lógicas, destituídas de caráter ontológico.

O direito fundamental à processualização resulta da necessidade real de se mitigar a incorreção da recíproca, tornando processuais os procedimentos de que se vale o Poder Público para atuar, em todas as suas manifestações relacionadas à pessoa humana e aos direitos fundamentais, porquanto respeitante ao *status processualis*.

Repise-se, ainda, que a sustentação do aludido direito fundamental à processualização não implica ignorar ou afastar a existência de um referencial substancial para o processo, o que acarreta a imprescindibilidade de acentuar a fundamentação materialmente constitucional do processo, cuja compreensão diante do novo texto constitucional insta a uma revisão dos quadrantes do princípio do devido processo legal.

Assim, o presente estudo destinar-se a sustentar a existência do direito fundamental à processualização, destacando a necessidade de que sejam processualizados os procedimentos e de que a ação estatal se manifeste ou seja exercida processualmente, rejeitando-se as leituras meramente formais do processo, resultante da dimensão processual ineliminável dos direitos fundamentais.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION687 687 4/10/2007 14:41:00

E é justamente a partir do reconhecimento do direito fundamental do processo que se manifestam os elementos de unidade e conformação ordenada que devem orientar a reflexão teórica acerca do estabelecimento de uma teoria geral do processo que seja capaz de explicar o estágio atual e, potencialmente, solucionar os problemas que se lhe antepõem, revestindo-se de uma dimensão normativa porque dotada de uma dimensão crítica.

A teoria geral do processo deve ser fundada, então, num direito fundamental à processualização, que demonstre a impositiva expansão do modelo processual a lindes a que até então não se estendia, conferindo-lhes caráter dialógico e emancipatório.

Ademais, consiste numa necessidade para viabilizar que a compreensão/interpretação/aplicação do direito se efetive dialogicamente, constituindo-se não apenas como via de manifestação democrática, mas como condição de possibilidade para a garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Antes, porém, impõe-se a tentativa de desnudar as relações de recíproca influência entre Constituição e processo.

2. CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

Com efeito, pode-se identificar a ocorrência de uma constitucionalização do processo, como ocorrido com vários outros ramos do Direito em face do caráter analítico da Constituição Federal e da eficácia expansiva e irradiante dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, notadamente quanto a esse último, releva a questão da eficácia privada ou horizontal.

Integrando-se no processo geral de constitucionalização do Direito[4], pode-se identificar que, ao mesmo tempo em que se opera tal fenômeno, há, igualmente, o imperativo ético de processualização do Direito.

4. Ricardo Guastini sustenta a necessidade de um esclarecimento acerca da expressão 'constitucionalización del ordenamiento jurídico', recorrendo às idéias de Loius Favoreu para entendê-la como significante de um processo de transformação do ordenamento jurídico pelo qual ele fica impregnado pelas normas constitucionais, considerando que "Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales." Como bem salientado, ainda por Guastini, há uma variação do grau de constitucionalização do direito, podendo-se afirmar a inexistência tanto de uma pan-constituição, que acarrete uma totalidade diretiva do ordenamento jurídico, como de uma anomia constitucional quanto aos demais ramos do direito. In GUASTINI. Ricardo. *Estúdios de Teoría Constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2001, p. 153.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION688 688 4/10/2007 14:41:00

Concomitantemente, pela fundamentação material que exsurge de uma compreensão adequada do princípio do devido processo constitucional (ao invés de legal) em conexão com a dignidade da pessoa humana numa Constituição de caráter dirigente, a processualização, por sua vez, caracteriza-se como ambiente de concretização dos direitos fundamentais.

Por essa via, a convergência da constitucionalização do Direito com a sua processualização, justamente matizada pela própria constitucionalização do processo, remete a um modelo dialógico e participativo dirigido à realização e concretização dos direitos fundamentais.

A constitucionalização do processo, viabilizada por uma leitura aberta e mais emancipatória do devido processo legal, expressa o seu desprendimento do âmbito da atividade jurisdicional e o alinha como categoria geral do direito.

Observe-se que não se está a afirmar que o estatuto científico do processo foi alterado apenas por força da sua constitucionalização, mas o reconhecimento do processo como categoria ou instituto geral do direito, a ensejar o deslocamento de determinadas indagações para a teoria do direito, de matiz crítico-reflexiva, é reforçado.

No âmbito doutrinário, o entusiasmo ocasionado por esse revigoramento dos estudos do processo diante de sua interação com a ordem constitucional é destacado por Willis Santiago Guerra Filho[5], ao defender um duplo movimento, de sentidos opostos, consubstanciado na constitucionalização do processo e na processualização da constituição.[6]

Entretanto, a despeito de se reconhecer que o direito fundamental à processualização também advém da compreensão da constituição como um processo[7],

5. "O final dos anos 1960 e o princípio da década de 1970 marcam o advento de uma virtual renovação dos estudos de direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a Constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de 'direito constitucional aplicado', como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã". Em seguida, salienta o aludido doutrinador que "Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo, ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 79-80.
6. Op. cit, p. 78.
7. Araujo, José Antonio Estévez. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil.* Madri: Trotta, 1994. Também, sobre a mesma temática e defendendo o caráter processual da constituição, só que, nessa oportunidade, porque entendida como um programa de ação, GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 17.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION689 689 4/10/2007 14:41:00

não se admite que o seja sob a inspiração dos paradigmas procedimentalistas, ainda que de diferentes matizes, à moda de Luhmann[8] e John Hart Ely[9], ou, segundo concepções que relativamente admitem o discurso racional de cunho moral, como as de Habermas[10] e Alexy[11], mas sob a inspiração da hermenêutica filosófica[12].

Tais considerações são de suma importância para o objeto do presente estudo, consistente na defesa da existência de um direito fundamental à processualização, cujo conteúdo material é genericamente integrado pela pretensão subjetiva de exigir a adoção de processos públicos e abertos que se desenvolvam pela participação isonômica daquele que se apresenta em situação de sujeição à decisão final[13], independentemente da existência ou não de lide, como será adiante explicitado.

Enquanto direito fundamental[14], apresenta-se, também, como portador de uma eficácia objetiva que vincula a ação estatal a adequar-se a aludido paradigma, de cunho garantista e democrático.

Registre-se, de pronto, que, ao se reconhecer o direito fundamental à processualização como decorrente da dimensão processual dos direitos fundamentais, as aludidas eficácias subjetivas e objetivas se reconduzem ao *status processualis*, a ser oportunamente desenvolvido.

A força normativa ínsita ao direito espraia o imperativo constitucional para além da concepção tradicional de processo como garantia, de relevo por si só suficiente, e, em associação com a hermenêutica constitucional, caracteriza-o como sede de concretização do direito, ou seja, como âmbito existencial do direito, no qual ele vem a ser.

---

8. Luhmann, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.
9. Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*: *A Theory of Judicial Review.* Cambridge, Massachussets, Londres: Harvard University, 2002.
10. Habermas, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.
11. Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho.*Bacerlona: Gedisa, 1994. Alexy, todavia, assenta a sua concepção numa fundamentação relativamente material, como será visto oportunamente.
12. A despeito de se situarem em dimensões diferenciadas, o procedimentalismo enquanto fundamentação epistemológica do direito, e a caracterização do processo como técnica se inter-relacionam, posto que a técnica expressa o resultado de uma opção epistemológica explícita ou subjacente.
13. Nesse sentido, infere-se a adoção da concepção de processo adotada por Elio Fazzalari. FAZZALARI, Elio. *Processo e procedimento (teoria geneale)*. Enciclopédia del Diritto, v. XXXV, 1969, p. 819-836. Também nesse sentido, FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006. No Brasil, adotando tal concepção de processo, dentre outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 124-135.
14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos de Direitos Fundamemtais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 72-73.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION690 690 4/10/2007 14:41:00

A Constituição, entendida como processo público, em consonância com a concepção de Häberle acima indicada, de que participam os membros da sociedade, transmite esse caráter aos direitos fundamentais, que apresentam, por conseguinte, a dimensão processual acima referida.

A interação aludida entre processo e constituição evidencia e, ao mesmo tempo, resulta, da ampla disciplina constitucional do processo, notadamente na Constituição brasileira de 1988, externando a caracterização da maioria dos critérios aludidos de constitucionalização desenvolvidos por Ricardo Guastini[15], do que advém o acerto de Baracho, para quem "A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo."[16]

A constitucionalização do processo se opera pelo reconhecimento do caráter garantista e existencial do direito através do processo, dotado de uma dimensão emancipatória e democrática de afirmação da autonomia individual, afastando qualquer concepção estritamente formal ou positivista, ou mesmo de cunho discursivo.

Não se afigura pertinente, contudo, que da constitucionalização do processo possa advir a dicotomia do direito constitucional processual e do direito processual constitucional[17], justamente em virtude da compreensão ampla do processo em sede constitucional, como registram Guerra Filho[18], José Albuquerque da Rocha[19] e Francisco Gérson Marques de Lima[20].

Enquanto Willis Santiago Guerra Filho filia-se ao direito processual constitucional, juntamente com Francisco Gerson de Lima Marques, Rocha considera preferível a denominação direito constitucional processual, pois não se poderia sustentar um direito processual constitucional porque todas as normas que estão na Constituição, embora possam tematicamente ser referidas a vários ramos do direito, são constitucionais.[21]

---

15. GUASTINI. Ricardo. *Estúdios de Teoría Constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2001, p. 153 e ss.
16. BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125.
17. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Hozironte: Fórum, 2006, p. 28, em que ressalta a necessidade de indagações próprias à Teoria Geral do Processo.
18. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 7-8.
19. ROCHA, José Albuquerque da. *Teoria Geral do Processo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50-51.
20. LIMA, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127.
21. Não obstante isso, admite a utilização da expressão direito processual constitucional para as normas que regulam os processos constitucionais. ROCHA, José Albuquerque da. *Teoria Geral do Processo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 52.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION691 691 4/10/2007 14:41:00

Ainda que as questões terminológicas não sejam decisivas para a identificação de um determinado instituto, não se verifica respaldo para a distinção referida, afigurando-se, todavia, mais pertinente a expressão direito processual constitucional em virtude do conteúdo processual da Constituição, da visão processual dos direitos e garantias fundamentais e da jurisdição constitucional.

Isso, entretanto, não prejudica a compreensão de que o direito processual constitucional seja eminentemente constitucional, e, ao mesmo tempo, abrigue os fundamentos da estrutura constitucional do processo, numa concepção ampliativa de processo, desapegada da atividade jurisdicional, bem como os processos de defesa da constituição e de garantia e proteção dos direitos fundamentais.

Outros autores, a despeito de reconhecerem a existência de um direito processual constitucional, o concebem numa perspectiva redutora, pois respeitante apenas ao seu aspecto garantista enquanto relacionado às vias de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e do império da constituição, como se dá com Osvaldo Alfredo Gozaíni ao expressar que "La ciência procesal constitucional se explica a partir de la relación que existe entre proceso y la Constitución; vale decir, como se aplican las garantias judiciales de la Norma Fundamental en los procesos entre partes."[22]

Baracho[23], ao afirmar que direito processual constitucional se compõe da tutela constitucional dos princípios e institutos fundamentais da jurisdição e do processo e, também, da jurisdição constitucional, destacando o processo como via de tutela da Supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, identifica o processo constitucional com a atividade jurisdicional e com a jurisdição constitucional[24], ressaltando que o processo constitucional se configura como metodologia de garantia dos direitos fundamentais[25].

Em verdade, também o aludido doutrinador restringe a análise do processo como instituto mais relacionado à função jurisdicional, o que não se coaduna com a perspectiva ampliativa que lhe é imposta em razão do direito à processualização, posto que, como será explicitado, também em outras funções do Estado deve-se apresentar as formas que assegurem uma atuação processual, além de estender-se, igualmente, para determinados âmbitos das relações sociais privadas.

---

22. GOZAÍNI, Osvado Alfredo. *Introdución al Derecho Procesal Constitucional.* Santa-Fé: Rubinzal-Culzone, 2006, p. 9.
23. BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125-126.
24. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Hozironte: Fórum, 2006, p. 45.
25. Op. Cit., p. 47.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION692 692 4/10/2007 14:41:00

Essa caracterização restritiva do processo numa perspectiva constitucional é explicada pela esclarecedora percepção de Fazzalari de que o processo jurisdicional é o processo por antonomásia[26], sendo considerado como a seqüência de atividades pelas quais se realiza a jurisdição.

Embora admita que o processo jurisdicional é a mais importante manifestação do processo, e o mais adequadamente regulado, adverte que não se pode reduzi-lo a tal limitação ou identificação.

Nesse sentido, cumpre afastar o reducionismo de assimilar o processo aos meios de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, mediante os remédios constitucionais, e de proteção da ordem constitucional objetiva, pelas vias de controle concentrado de constitucionalidade, como também de demarcá-lo no âmbito das garantias constitucionais, usualmente relacionadas apenas ao âmbito jurisdicional.

A compreensão constitucionalmente adequada do processo impõe uma amplitude muito maior, constituindo-se como via não apenas de garantia repressiva, mas de realização e concretização dos direitos fundamentais, portadores de um *status procesualis,* como sustentado inauguralmente por Peter Häberle[27].

Esse progressivo desprendimento entre processo e jurisdição[28] foi impulsionado justamente pela sua constitucionalização, com reconhecimento de novos direitos e garantias respeitantes ao processo, como também pela ampliação do conteúdo material da constituição, sob a inspiração do neoconstitucionalismo, embora ainda encontre resistências doutrinárias pontuais, como a feroz crítica de Bernard Beignier[29]

O aludido doutrinador[30], a partir de uma concepção que nega a possibilidade de existência de uma teoria geral do processo, por rejeitar a relação entre processo civil, processo penal e contencioso administrativo, rejeita a admissão de

26. FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13, p. 1069.
27. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002, p. 193-194.
28. Sem que importe, de forma alguma, na mitigação da relevância da jurisdição, em especial da jurisdição constitucional, sem a qual não se poderia sequer falar de constituição, posto lhe sr intrínseca a força normativa que é assegurada pelos meios de controle de constitucionalidade.
29. BEIGNIER, Bernard. *Droits Fondamentaux et règles principales du procès civil.* 3. ed. Paris: Montchrestien, 2000, p. 3-20.
30. BEIGNIER, Bernard. *Procédure Civile et Droit Constitutionnel*. In DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien *et* MOLFESSIS, Nicolas. *La Legitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel.* Paris: Econômica, 1999, p. 153-154.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION693 693 4/10/2007 14:41:01

um direito processual constitucional, que seria o aspecto procedimental da vasta constitucionalização de todo o direito[31].

Criticando as decisões do Conselho Constitucional que a respaldam, considera que seria um mito a suposta constitucionalização do processo civil, reputando-a minoritária na doutrina francesa, aduzindo como obstáculos três fatores, quais sejam: a) a organização da magistratura e da função jurisdicional, disciplinada pela constituição, não se confunde com o processo civil; b) as normas infraconstitucionais de processo civil não são veiculadas por lei, mas por regulamentos, impedindo o controle do Conselho Constitucional, c) afirmando, conseqüentemente, que jamais houve a censura de uma regra de processo civil quando cotejada com a Constituição francesa.

A mencionada crítica só pode ser devidamente apreendida a partir das razões que expõe ao criticar o que denomina de neoconstitucionalismo[32], concebido de uma maneira substancialmente distinta da que subjaz ao presente estudo, recorrendo ao jusnaturalismo que estaria acima da ordem constitucional, incapaz de fundamentar o direito posto porque o direito não pode fundamentar a si próprio.

A despeito de a insurgência doutrinária parecer parcialmente justificada no âmbito do constitucionalismo francês, notadamente por força do afirmado caráter regulamentar do direito processual civil, verifica-se que não tem qualquer respaldo a rejeição à constitucionalização do direito, afastada por uma concepção jusnaturalista que fica ultrapassada pela compreensão de que a constituição encerra uma fundamentalidade axiológica e opera com uma reserva material de justiça, também estendida ao plano do processo, inclusive do processo civil.

De qualquer sorte, ao prevalecerem as condições delineadas por Beignier, pode-se apenas afirmar a existência de uma mais mitigada constitucionalização do direito em França, o que se explica pelo culto à lei derivada da interpretação das doutrinas de Montesquieu, Rousseau e do Abade Sièyes, associada ao racionalismo iluminista, que culminaram com o mito do legislador racional.

De outra parte, não se pode refutar a unidade temática do processo enquanto encontrar expressão no exercício das funções do Estado, submetendo-se a uma unidade axiológica derivada da incidência do devido processo legal.

Procedendo-se a uma aferição da constitucionalização do processo segundo a ordem constitucional pátria, ao contrário, percebe-se uma efetiva disciplina

31. Op. cit, p. 3.
32. "[...] a regra inferior não encontra legitimidade senão pela conformidade com a regra superior [...]". Op. cit, p. 16.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION694 694 4/10/2007 14:41:01

constitucional do processo, que precisa ser estudada de maneira desapegada da atividade jurisdicional para que possa revelar toda a sua potencialidade emancipatória e garantista.

Ressalte-se que, ao se sustentar a existência da constitucionalização do processo, não se está reconduzindo a sua configuração apenas à previsão explícita em texto constitucional de garantias ou princípios tópicos de processo.

Com efeito, a constitucionalização do ordenamento jurídico se opera não apenas pela mera previsão de institutos dos outros ramos do direito pela Constituição, mas quando, além disso, traça um regime constitucional estruturante.

Nesse sentido, a constitucionalização do processo apenas se caracteriza pela existência de um regime constitucional do processo[33]; ou seja, não basta a mera referência a alguns institutos e algumas garantias processuais de forma tópica e enunciativa, fazendo-se mister a consagração sistemática do processo que viabilize a identificação de um regime jurídico-constitucional – ainda que não seja, evidentemente, exauritente ou mesmo minudente –vinculante para os órgãos de soberania no exercício, também processual, das suas funções e competências constitucionais.

Com a assertiva de Marcelo Cattoni[34], aderindo à concepção de Fazzalari[35] de que os processos legislativo, jurisdicional e administrativo se caracterizam como procedimentos realizados em contraditório, sendo a própria dinâmica do direito, não se pode negar a existência, pelo sistema constitucional pátrio, de um regime constitucional do processo que, em divergência ao sustentado por aquele autor, não se destina apenas a propiciar a racionalidade discursiva, exigindo uma adequação conteudística do provimento final aos valores constitucionalmente consagrados, evitando-se que a sua normatividade seja diluída por uma exaltação do consenso democrático.

De qualquer sorte, Cattoni[36] está com razão ao considerar que, de certa forma, não há direito processual que não deva ser constitucional, pois, enquanto

33. Apenas a título de ilustração, atente-se que a propriedade já constava da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, incorporando-se às constituições do período liberal; todavia, não se podia considerar que havia uma constitucionalização do direito de propriedade, posto que sua disciplina era integralmente processual na medida em que a mera indicação tópica não tinha o condão de constranger ou limitar a liberdade do legislador ao conformar as regras atinentes à propriedade, o que só veio a ocorrer com o Estado Social, quando a propriedade passou a gozar de uma disciplina constitucional como instituto da ordem econômica.
34. CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 141.
35. Ao registrar que a difusão da adoção das formas processuais só deve acentuar-se. FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13, p. 1071.
36. CATTONI, Marcelo.*Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 212.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION695 695 4/10/2007 14:41:01

fundamento de validade da ordem jurídica, a constituição estabelece os processos de produção de normas, seja de natureza legislativa, seja jurisdicional, aduzindo que a Constituição brasileira estabelece "um verdadeiro 'modelo constitucional do processo', estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade", ou da própria descaracterização do processo.

Malgrado adote-se uma concepção de processo que o desvincule da função jurisdicional, não se pode negar que o processo jurisdicional apresenta-se como "a estrutura mais completa para que sejam reunidos e ordenados coerentemente os vários aspectos que envolvem a manifestação dessa atividade fundamental do poder"[37], fornecendo elementos imprescindíveis para propiciar a necessária adaptação do processo em sua manifestação difusa nas demais funções estatais e na atividade privada, não apenas como garantia, mas como forma de efetivação e concretização dos direitos fundamentais e, em sentido mais amplo, como expressão do próprio vir-a-ser do direito, que só se realiza processualmente em virtude da estrutura dialógica que comporta.

Diante da existência de uma disciplina constitucional do processo, a sua devida compreensão, a partir do respectivo regime constitucional e da interação com o sistema de direitos fundamentais, dá ensejo à constatação de que o processo deve se estender além do âmbito típico da atividade jurisdicional, potencializando o seu caráter garantista e emancipatório, de modo a embasar a afirmação do direito fundamental à processualização.

Devidamente assentada a constitucionalização do processo, fundamento para o reconhecimento do direito fundamental à processualização, cabe nesse passo adentrar especificamente em sua análise, sem qualquer pretensão que não seja introdutória e de crítica.

3. DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO

O direito fundamental à processualização não tem assento constitucional expresso, mas é inferido da relação havida entre o devido processo legal e o sistema de direitos fundamentais, em associação com as cláusulas constitucionais de abertura do catálogo de direitos fundamentais.

A potencialidade garantista e emancipatória acarreta discussões e questionamentos diversos, muitos dos quais não são comportados pelo presente estudo,

37. Como salienta GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 116.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION696 696 4/10/2007 14:41:01

destinado a sua afirmação e a sua fundamentação como base para o desenvolvimento de uma teoria geral do processo constitucionalmente adequada.

Além disso, também se pretende sustentar a devida compreensão do caráter garantista e emancipatório, resultante da dimensão processual que possui todo e qualquer direito fundamental, seja em *status negativus,* seja *em status activus*, de modo a conferir acerto ao modelo de sistema jurídico aperfeiçoado de Alexy, que seria composto em três níveis, quais sejam, o nível dos princípios, o das regras e o dos procedimentos. [38]

Alexy considera que os procedimentos são necessários para a racionalidade do discurso em função da institucionalização da justiça pela adoção de procedimentos cuja correção se estabeleça pela sua maior proximidade com aquele que seria pertinente ao discurso ideal, que figura como idéia regulatória[39], ante a impossibilidade de sua realização.

Advirta-se, de logo, que Alexy utiliza-se da expressão 'procedimento' com o conteúdo semântico e referencial que se atribui ao processo, pois seria o ambiente do discurso racional e, como tal, pressupõe a atividade dialógica das partes que, como será explicitado, não rejeita concepções conteudísticas que permeiem o processo.

Nesse sentido, embora se possa identificar a diferenciação entre as abordagens procedimentalistas, de caráter epistemológico, e as abordagens processuais, relacionadas mais ao plano da técnica, infere-se que aquelas sempre se relacionam a um ambiente de comunicação ou de diálogo, pelo que a terminologia a ser empregada seria, de acordo com tais premissas e concepções, processo e não procedimento, malgrado ainda se vá expor nesse ponto a relação entre ambos.

Com tais considerações, cumpre proceder à investigação das questões resultantes do direito fundamental à processualização que sejam compatíveis com o plano do presente estudo, tratando-se inicialmente da sua fundamentação constitucional, seguida pela indicada diferenciação entre processo e procedimento, com a apreciação do conteúdo material do direito fundamental em questão, responsável pela tendencial processualização dos procedimentos e da ação estatal em geral, marcada pelo contraditório.

Finalmente, adota-se a afirmação de um referencial substancial para o processo, rejeitando as teorias processuais, acima indicadas como procedimentalistas,

38. ALEXY, Robert. *ElConcepto y la Validez delDerecho.*Bacerlona: Gedisa, 1994, p. 172-173.
39. ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia.* Granada: Comares, 2005, p. 62-63.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION697 697 4/10/2007 14:41:01

que apresentem cunho meramente formal, estabelecendo-se uma necessária interação entre a dimensão epistelomógica que resulta das aludidas teorias e a dimensão da técnica.

3.1. Fundamentação constitucional

A afirmação de um direito fundamental à processualização não pode se justificar se não estiver abrigada constitucionalmente no texto constitucional.

Para lograr êxito no intento de demonstrar a fundamentação constitucional do direito à processualização não basta a mera indicação das cláusulas de abertura, ou da invocação do devido processo legal, ou, ainda, da dimensão processual dos direitos fundamentais; torna-se necessário, previamente, acentuar a rejeição de assimilação entre texto e norma, posto ser imprescindível a compreensão que de um mesmo texto ou enunciado podem resultar várias normas.

E as várias normas que derivem de um texto ou enunciado, por sua vez, são susceptíveis de operar com distintos modais deônticos, podendo impor obrigações ou proibições, como também conferir direitos.

O texto normativo, conseqüentemente, não encerra a norma em si mesma, sendo apenas e tão-somente o elemento referencial para o processo de compreensão/interpretação/aplicação, mediado sempre pela historicidade do texto e do intérprete.

Nesse sentido, em doutrina já reconhecida, Friedrich Müller acentua a necessidade de separação entre texto e norma, sustentando que, quando os juristas falam e escrevem sobre a constituição, estão visando ao seu texto, da mesma forma que ocorre quando se dirigem à lei. [40]

Também Caterina Severino salienta que a distinção conceitual entre disposição e norma é constantemente ignorada tanto pelos juristas como pelo legislador, o que acarreta uma confusão conceitual prejudicial à teoria do direito.[41]

Tanto Muller[42], ao advertir que "sobre a base de uma nova aproximação da teoria do direito, tem-se que ressaltar, ao contrário, o fato fundamental da

40. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 168.
41. SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante.* Paris: Economocia, 2003, p. 25. Segundo a autora, a diferenciação aludida teria sido desenvolvida por Giannini em 1954, desenvolvida por Vezio Crisaffuli e retomada por Ricardo Guastini no ambiente jurídico italiano.
42. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 168.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION698 698 4/10/2007 14:41:01

não-identidade do texto da norma e da norma", quanto Severino[43], ao afirmar a necessidade de diferenciação para rechaçar a concepção crescente de identidade entre texto e norma, exaltam a relevância e o interesse da distinção, esclarecendo a autora que a uma disposição não corresponde apenas uma norma, e vice-versa, havendo uma relação muito mais complexa do que a simplificada identificação.

Para Muller[44] "O texto da norma, numa codificação, não é senão a parte emergente de um iceberg", concebendo o texto como um enunciado lingüístico como qualquer outro texto, inclusive de natureza não-normativa, acentuado que a sua normatividade resulta de particularidades do contexto lingüístico, não sendo, ele mesmo, uma regra jurídica.

O texto da norma obriga juridicamente os seus intérpretes e aplicadores a que o situem no início do processo de concretização, no curso do qual a norma jurídica será elaborada e ao fim do qual o caso concreto que dirigiu a concretização estará resolvido; entretanto, ele, em si mesmo, não enquanto disposição, nada diz, só passando a expressar sentido com a interpretação[45].

Por sua vez, ressalta que a compreensão da constituição é orientada por uma ordem material de valores que, segundo a Corte Constitucional alemã, seria composta pelos direitos fundamentais e pelos outros princípios básicos da Lei Fundamental.[46]

Infere-se que a relevância de um referencial textual para a afirmação do direito fundamental à processualização decorre tanto da função limitadora do texto constitucional[47], como da necessidade que a sua compreensão esteja materialmente fundada nos valores e princípios constitucionais.

Em estudo sobre questão em foco, Ricardo Guastini[48], ao distinguir disposição e norma, considera disposição como qualquer enunciado que integre um documento normativo, fazendo-se mister colacionar o seu entendimento acerca da norma, *in verbis:*

---

43. SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante.* Paris: Economocia, 2003, p. 27.
44. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 168.
45. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72-73.
46. Op. cit., p. 230-231.
47. "Por razões impostas, particulamente no direito constitucional, pelo princípio do Estado de Direito, o sentido literal possível circunscreve o espaço do jogo de um concretização orientada pelo texto da norma e que respeita a organização constitucional das funções do Estado." Op. cit., p. 239.
48. GUASTINI. Ricardo. *Das Fontes às Normas.*São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 25-26.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION699 699 4/10/2007 14:41:01

> chamo 'norma' todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.

Diante disso, tanto Caterina Severino, como Ricardo Guastini e Canotilho, acentua a necessária não-correspondência biunívoca entre disposição e norma.

Canotilho[49] assevera a existência de relações de disjunção, de conjunção e de sobreposição entre disposição e norma, como também de normas sem disposição e de disposição sem normas.

Severino[50], no mesmo sentido, reputa possível que uma disposição possa exprimir normas disjuntivas, como também normas conjuntivas; que de várias disposições possa resultar uma norma; que de várias disposições combinadas possa exsurgir uma norma; e, ainda, que pode não advir nenhuma norma de uma ou mais disposições[51].

Já Ricardo Guastini defende que as relações comportam normas disjuntivas, e conjuntivas a partir de um mesmo texto, sendo possível dois dispositivos (idênticos) que se relacionem a uma mesma norma, como também a ocorrência de normas sem disposição e disposição sem normas.

Tal percepção, no que respeita aos direitos fundamentais, possui maior relevo pela necessidade de constatar que, de um dispositivo do texto constitucional que consagre um direito fundamental, ou um princípio constitucional, podem advir outros direitos e vários deveres ou obrigações, dependendo da interpretação que seja conferida ao dispositivo a partir do caso concreto.

De um direito fundamental não advém apenas uma obrigação que seja correlata com a situação subjetiva de vantagem que por ele é originada; ao contrário, pode resultar, diante de um processo de concretização que comporte a compreensão/interpretação/aplicação – na medida em que sempre referida ao caso concreto –, vários outros direitos, deveres e obrigações.

---

49. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d, p. 1.203-1.206.
50. SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante.* Paris: Economocia, 2003, p. 27-29.
51. Divergindo de Canotilho quanto a esta última relação, que para a autora resultaria dos costumes, enquanto o constitucionalista luso a relaciona aos princípios constitucionais, que propiciam a abertura do texto, exemplificando com o devido processo, que não estava abrigado pela Constituição portuguesa até a quarta revisão constitucional, sendo fundado a partir de um conjunto de disposições.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION700 700 4/10/2007 14:41:02

Ressalte-se, mais uma vez, ser imperiosa a compreensão adequada da aplicação, entendida em sentido mais amplo, como relevante para o processo de produção do sentido do texto, o que importa em trazer e reconhecer o inexorável atualizar do texto para o contexto, ensejando a fusão dos horizontes propiciada, por sua vez, pelo distanciamento histórico[52].

Na doutrina pátria, Lenio Streck[53] chama a atenção para a diferença existente entre norma e texto, entendendo que se trata de uma diferença ontológica resultante da temporalidade, não havendo nem cisão e muito menos correspondência entre ambos. O texto porta um horizonte histórico que lhe é próprio e implica uma pré-compreensão, cuja adequação vai se dar justamente pelo distanciamento histórico possibilitado pelo encontro com a historicidade do intérprete.

Considera que há uma relação inexorável entre a unidade da compreensão/interpretação/aplicação e a concepção da tese hermenêutica da diferença ontológica entre texto e norma, pois se fossem separados se estaria admitindo a possibilidade de formulação conceitual em abstrato, independentemente do contexto e da realidade a que devem se referir; se fossem assimilados, daria ensejo à inferência de que o texto porta um sentido que dele deveria ser extraído, sendo ambas incompatíveis e impertinentes[54].

E a impertinência se manifesta porque ambas rejeitam a dimensão da aplicação, obscurecendo a inerência da interpretação viabilizar uma atualização de sentido resultante da sua atribuição pelo intérprete, de que resulta a norma jurídica.

Logo, os direitos e obrigações que exsurgem do texto constitucional trazem consigo a marca da temporalidade e da historicidade, permitindo a constante revitalização e atualização das normas constitucionais, de modo a ser concebida como *living constitution,* como força ativa que incide sobre a sociedade, ou seja, *law in the action* e não *law in the books.*

A Constituição Federal de 1988, conseqüentemente, não se reduz ao texto promulgado em 05 de outubro, podendo-se afirmar que a partir daquela data é que se iniciou o processo de construção da novel ordem constitucional, de matiz republicana, garantista e emancipatória, fundada num dirigismo constitucional.

---

52. STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In COPETI, André; STRECK, Lenio Luiz *et* ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 149. No mesmo sentido, dentre outros, GRAU, Eros Roberto, op. cit.,p. 72-74.
53. Op. cit., p. 160-161.
54. Op. cit, p. 162.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION701 701 4/10/2007 14:41:02

A ordem constitucional deve sair do texto e entrar na vida (migração do *law in the books* para o *law in the action*), na experiência de cada um dos seus intérpretes que compõem a comunidade que lhe dá sustentação material, justificando a abertura do texto constitucional a direitos não expressamente consagrados, como o direito fundamental à processualização, desde que referenciados pelo próprio texto e conformes à situação vivencial, do horizonte histórico do intérprete, como assinala Canotilho[55], *in verbis:*

> [...] o direito constitucional é um 'direito vivo', é um 'direito em acção' e não apenas um 'direito dos livros'. Precisamente por isso, existe um *direito constitucional não escrito* que embora tenha na constituição escrita os fundamentos e limites, completa, desenvolve, vivifica o direito constitucional escrito.

De igual modo, Gadamer[56] assinala a dimensão produtiva de sentido e atualizadora propiciada pela compreensão unida à interpretação e à aplicação, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis:*

> O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo. (....). Compreender não é compreender melhor, nem de saber mais, no sentido objetivo, em virtude de conceitos mais claros, nem no da superioridade básico que o consciente possui com respeito ao inconsciente da produção. Bastaria dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente."

Por conseguinte, há de se destacar as potencialidades decorrentes da compreensão da relação entre os dispositivos que consagram os direitos fundamentais e as cláusulas constitucionais de abertura, bem como com o princípio do devido processo legal, dando ensejo à sustentação de um novo direito fundamental, consistente no direito fundamental à processualização, pautado pelo contexto atual e desenvolvimento pela atualização própria à aplicação diante dos problemas e questões práticas suscitadas.

O Poder Público exerce as suas funções, próprias à jurisdição, à administração e à legislação, mediante o desempenho de atividades materiais e concretas que se organizam concatenadamente, dirigindo-se à prática de um ato final. Assim, o poder político é exercido, na maioria das situações, ao menos, procedimentalmente[57].

---

55. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d, p. 1139.
56. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 444.
57. Pelas limitações do presente estudo, não se procede a uma análise das relações privadas, que, entretanto, não são infensas à processualização, como será oportunamente indicado.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION702 702 4/10/2007 14:41:02

Essa atuação procedimental, entretanto, não corresponde, por si só, a qualquer paradigma ou fundamento próprio ao Estado Democrático de Direito ou ao regime republicano. É preciso que o Poder Público atue procedimentalmente, pois sem a ordenação e organização funcional e concatenada das atividades que orientam o exercício das funções, dirigidas à prática de um ato final.

Malgrado seja uma necessidade, não é suficiente para os atuais quadrantes exigidos pelo constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, em que se reconhece a força expansiva e irradiante dos direitos fundamentais, bem como as suas múltiplas dimensões eficaciais.[58]

Com efeito, a vetusta distinção dos direitos fundamentais como direitos de liberdade e direitos sociais, em que os primeiros seriam direitos meramente negativos ou de abstenção, enquanto os últimos seriam direitos de prestação não se confirma mais, sendo objeto de contínua crítica doutrinária desde a percuciente análise de Cass Sunstein e Stephen Holmes, ao sustentarem, com a rejeição dessa diferenciação, que as liberdades também demandam recursos.[59]

Nesse sentido, Alexy[60] já reconhece que os direitos sociais não esgotam o âmbito dos chamados direitos a prestação, entendendo prestação em sentido amplo como "Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones.[61]"

Sustenta que os direitos à prestação se dividiriam em direitos de proteção e direitos de organização e procedimento, abrangendo, também prestações em dinheiro e bens, que se poderia considerar como direitos à satisfação de necessidades.

Os direitos à prestação consistiriam, de forma impositiva, numa atuação do Poder Público que poderia ser não apenas material e concreta, mas também normativa.

Os direitos à proteção corresponderiam à imposição ao Poder Público de que atuasse, material ou normativamente, para resguardar as situações subjetivas de alguém em face de intervenções ou lesões de terceiros, tendo como esfera

58. Também não comporta o presente estudo um aprofundamento sobre a eficácia privada dos direitos fundamentais. Sobre o tema SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
59. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Nova Iorque/Londres: Norton, 2000.
60. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 420.
61. Op. cit., p. 426.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION703 703 4/10/2007 14:41:02

protetiva a vida, a saúde, a dignidade, a família, a propriedade, e quaisquer outros bens dignos de resguardo pela sua jusfundamentalidade.

A atuação protetiva, por sua vez, poderia ocorrer tanto pela instituição de normas de direito penal e administrativo-sancionador e processual, como de atuação material e concreta da Administração Pública[62]; nesse contexto, Alexy considera enganoso um esforço de distinção entre direitos de defesa e direitos à proteção.[63]

Já os direitos à prestação em sentido estrito corresponderiam mais diretamente aos direitos sociais, portadores de uma imposição para a satisfação de determinada necessidade que o indivíduo não consegue satisfazer no mercado[64].

Por sua vez, também admite a existência de direito à organização e ao procedimento, sobre os quais salienta que nenhum outro há despertado tanto interesse, remetendo a Peter Häberle como responsável pelo seu primeiro desenvolvimento[65].

Alexy entende como procedimento, que pode abrigar a organização, como "sistema de normas y/o principios para la obtención de un resultado. Si el resultado es logrado respetando las reglas y/o principios, entonces, desde el aspecto procedimental presenta una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso[...]."[66]

Relembre-se ainda que, além de entender a existência de um direito ao procedimento, Alexy considera, como já mencionado, que o sistema jurídico é composto por normas que podem ser princípios, regras ou procedimentos, como já referido.

Logo, constata-se que o constitucionalista alemão estabelece uma tipologia de direitos à prestação, associados aos direitos de defesa, com subdivisões internas de acordo com a natureza do direito à prestação que esteja em causa.

Entretanto, afigura-se mais adequado conceber-se que um mesmo direito fundamental possa portar, numa atualização mediante a compreensão/interpretação/aplicação, a partir de um caso concreto, dimensões eficaciais conducentes a deveres prestacionais de proteção, de organização e procedimento (processo), e prestacionais em sentido estrito (ou de satisfação).

62. Op. cit, p. 435-441.
63. Op. cit., p. 446.
64. Op. cit., p. 482.
65. Op. cit., p. 454-455.
66. Op. cit., p. 457.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION704 704 4/10/2007 14:41:02

Tais deveres consubstanciam desdobramentos dos direitos fundamentais quanto à sua eficácia, o que se justifica pela possibilidade de um mesmo enunciado normativo originar não apenas o direito fundamental a que imediatamente se refere, mas também direitos, obrigações, deveres, faculdades e ônus, susceptíveis de que algumas dessas situações encontrem fundadas em outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, um mesmo direito fundamental teria uma dimensão negativa e uma dimensão positiva, sendo aquela composta pelos direitos/deveres de respeito ao bem jurídico respectivo e de preservação da autonomia individual. Já a dimensão positiva albergaria direitos/deveres de proteção, de satisfação e processuais.

Com essas concepções, afirma-se que todos os direitos fundamentais poderiam comportar uma dimensão processual, o que lhes conferiria um *status processualis*, geralmente ativo, mas também susceptível de ser concebido negativamente, diante da caracterização da reserva de processo para determinadas intervenções.

A fundamentação constitucional para a existência de um direito fundamental à processualização resultaria, conseqüentemente, da dimensão processual ou *status processualis* dos direitos fundamentais em compreensão sistemática com o devido processo legal, abrigando-se a constitucionalização formal por força das cláusulas de abertura, já referidas.

O *status activus processualis* foi defendido por Peter Häberle, no âmbito do desenvolvimento da atividade prestacional própria do Estado Social, partindo da doutrina dos *status* de Jellinek.

Para Häberle, o *status activus processualis* compreende todo o tipo de procedimento respeitante a direitos fundamentais, cujo conteúdo material seria composto por "un derecho de participación cuya inmediata consecuencia, más que una 'reserva de ley', implica una autentica 'reserva procesal de prestación', ya que resulta dimandar de una intensa forma de entender los tres elementos por antonomásia de los que procede, que son el Estado, el Derecho ya la própia Constitución."[67]

Nesse sentido, também Canotilho[68] reconhece a existência de um direito ao procedimento, entendendo o *status activus procesualis* como direito à

67. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002, p. 194.
68. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Défice Procredimental. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 74

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION705 705 4/10/2007 14:41:02

participação nos procedimentos decisórios dos poderes públicos, aos quais não se restringe, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, embora seja pertinente sua observação, que não discrepa das considerações de Häberle, acerca da relação entre direitos fundamentais e direito ao procedimento, ao salientar que aqueles impõem um âmbito de garantia e realização material que deve ser assegurado pelo Poder Público.

Torna-se importante, ainda, recorrer ao entendimento de Alexy, mais analítico quanto à doutrina de Häberle, que, para sustentar a existência ou não de um direito ao procedimento, registra a necessidade de identificar se o dever de legislar relativamente à organização e procedimento revela-se como um dever fundamental, de caráter exclusivamente objetivo, ou se se caracteriza como um direito fundamental, ensejando a subjetivação pelo indivíduo e permitindo a existência de um direito fundamental ao procedimento[69].

Para tanto, invoca a jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, que confirmar a conclusão de que a todo direito fundamental material estão relacionados direitos procedimentais, mesmo no que se refere ao direito à organização, em que seria mais dificultosa a verificação de se tratar de um direito subjetivo e não de um dever fundamental em razão da eficácia objetiva apenas e tão-somente[70].

Há, pois, dois sentido de direito à organização e ao procedimento, sendo o primeiro o que vincula a autoridade pública a observar as formas legais constituintes do procedimento, que não demanda maiores problemas, enquanto o segundo redundaria, como decorrência do *status activus processualis* intrínseco à dimensão dos mais variados direitos fundamentais[71-72], num dever de legislar para estabelecer procedimentos, bem como para conformá-los devidamente ao exercício ou à proteção do direito a que se refiram.

Reitere-se a observância de que Häberle, Alexy e Canotilho referem-se indistintamente a processo e a procedimento, mas adotam compreendem o procedimento como portador de uma dimensão comunicativa, argumentativa ou,

69. Registre-se que, nesse passo, acolhe-se a doutrina de Alexy acerca da utilidade de não se distinguir os direitos à organização e os direitos ao procedimento, preferindo-se a utilização apenas deste, ainda que abrangente da organização. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 457.
70. Op. cit., p. 460.
71. Como nos mostram os exemplos oferecidos por Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Défice Procredimental. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
72. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI, p. 158.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION706 706 4/10/2007 14:41:02

mais amplamente, dialógica, incluindo na noção que possuem de procedimento anota distintiva por segunda a concepção de Fazzalari, ao entendimento da relevância da dimensão processual encerrar procedimentos participativos.

Diante do que exposto, o direito fundamental à processualização se assenta na compreensão dos dispositivos que consagram os direitos fundamentais, possibilitando a constatação da aludida dimensão processual, associada ao art. 5°, inciso LIV, da Constituição Federal, responsável pela previsão constitucional do devido processo legal.

Não estaria, então, destituído de respaldo no texto constitucional na medida em que se rejeita a correspondência entre texto e norma, e, da mesma forma, a inferência de que de um dispositivo advenha apenas uma norma, sendo possível perceber uma dimensão processual comum aos direitos fundamentais, que sempre vão demandar o desenvolvimento de procedimentos idôneos à sua proteção, ou à sua relação e concretização, procedimentos esses que, por força do devido processo legal, devem ser marcados pelo contraditório, entendido de uma forma mais ampla, como participação isonômica dos envolvidos pelo ato final.

A concepção afirmativa do aludido direito representa uma alteração substancial na teoria do processo e, de igual modo, influencia reflexivamente a teoria da constituição, pois acarreta tanto o desprendimento do processo da atividade jurisdicional, a qual não se reduz, como também uma progressiva e contínua processualização dos procedimentos de que se utiliza o Poder Público para o exercício das suas funções constitucionais.

A constatação oriunda do texto constitucional coaduna-se, igualmente, com os postulados sustentados pela hermenêutica filosófica, pois a ausência de reconhecimento desse direito, expressamente ou mesmo implicitamente, logo após a edição e promulgação do texto constitucional, não obstaculiza o seu reconhecimento e nem o das potencialidades do seu conteúdo material, cabendo colacionar as considerações de Gadamer[73] que explicitam bem o caráter produtivo da interpretação, *in verbis:*

> Entretanto, o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, pois é um processo infinito. Não acontece apenas que se vão eliminando sempre novas fontes de erro, de tal modo que se vão filtrando todas as distorções do verdadeiro sentido, mas que, constantemente, surgem novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas.

73. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999, p. 446.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION707 707 4/10/2007 14:41:03

Dessarte, concebe-se a existência de um direito fundamental à processualização, com inequívoco lastro constitucional, ainda que não expressamente consagrado, cujo conteúdo material expressa uma potencialidade protetiva e emancipatória da pessoa humana, bem como de realização do direito e, principalmente, dos direitos fundamentais.

Não se admite, entretanto, pela origem materialmente fundada do direito em questão, como se possa conferir uma função ou concepção meramente formal, que fica de logo rejeitada, com as razões oportunamente sustentadas.

Antes, porém, insta analisar se, efetivamente, o direito que ora se defende, como decorrência da dimensão processual dos direitos fundamentais, em interação com o devido processo legal, abrigado pelas cláusulas constitucionais de abertura do catálogo, seria à processualização ou se, em verdade, seria à procedimentalização.

Como explicitado, Alexy, Haberle e Canotilho, ora se referem a procedimento, ora se referem a processo; da mesma forma, as teorias procedimentalistas, no âmbito epistemológico, referem-se a procedimento e não a processo.

Esse contexto induz a que se trate da devida identificação de processo e de procedimento numa interpretação constitucional adequada, o que conduzirá a adoção da concepção de processo de Elio Fazzalari[74], assumida, dentre outros, por Aroldo Plínio Gonçalves[75], Cândido Rangel Dinamarco[76], Marcelo Cattoni[77], Fredie Didier[78] e Odete Medauar[79].

Tal conclusão, contudo, importará na infirmação parcial e progressiva da relação estabelecida entre processo e procedimento, pois o conteúdo material do direito fundamental à processualização contempla, justamente, a imposição para a inserção de mecanismo de participação isonômicas pelas vias de atuação outrora procedimentais do Poder Público.[80] Ou seja, o direito fundamental à

74. FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13.
75. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 67-68.
76. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 121-123.
77. CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 141.
78. DIDIER JR. Fredie. *Curso de Processo Civil.* 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2006, v. 1, p. 58-59.
79. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 39-40.
80. Reitere-se não se inserir no âmbito do presente estudo a análise da repercussão às relações privadas do direito fundamental à processualização, o que exigiria adentrar no tema da eficácia privada dos direitos fundamentais.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION708 708 4/10/2007 14:41:03

processualização impõe o dever de transformar os procedimentos em processos, abrigando a dimensão dialógica e participativa, matizada substancialmente.

3.2. Processualização ou Procedimentalização: processo ou procedimento

A relação entre processo e procedimento é importante para o presente estudo por duas razões, quais sejam: a primeira, para identificar se, efetivamente, o direito ora afirmado se refere à processualização ou à procedimentalização, notadamente pela referência ao procedimento ser mais comum tanto no plano epistemológico, pelas teorias procedimentalistas, quanto na seara técnico-científica, pela teoria do processo.

A segunda razão consiste na relação que a definição conceitual de processo e de procedimento apresenta para o conteúdo material do novel direito fundamental, abrigando a contínua e progressiva processualização dos procedimentos pelos quais o Poder Púbico exerce suas funções, principalmente quando respeitantes a direitos fundamentas.

Aroldo Plínio Gonçalves[81] pontua como o termo processo é polissêmico, compondo tanto a linguagem popular ou coloquial, como também a linguagem científica, filosófica e, evidentemente, jurídica.

Assinala que, usualmente, é comum o recurso indistinto a processo e procedimento[82], explicitando os sentido de processo nos vários campos lingüísticos em que é utilizado, inclusive, na filosofia.

Com Abbagnano[83], verifica-se a assimilação de processo e procedimento, por ser aquele entendido como forma de agir, de atuar, como devir ou desenvolvimento e, ainda, como concatenação de eventos.[84]

Aroldo Plínio Gonçalves promove uma detida investigação dos critérios que orientaram, no curso da ciência processual, a caracterização do processo e, conseqüentemente, a sua diferenciação para o procedimento.

Um dos critérios distintivos seria o teleológico, que identificaria o processo porque o relacionaria com a realização de determinados fins, não tendo logrado êxito porque o procedimento, como meio necessário para o desenvolvimento do

81. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 59.
82. O que se pode verifica também em outros idiomas.
83. Também referido por Aroldo Plínio Gonçalves.
84. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 798.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION709 709 4/10/2007 14:41:03

processo, acaba por ser orientado também por tais finalidades[85], rejeitando, posteriormente, a concepção de processo como relação jurídica.[86]

Invoca, então, ao critério lógico, que reputa o utilizado por Fazzalari, concebendo o processo como procedimento realizado em contraditório, sustentando que a diferença para com o procedimento consiste numa "relação de inclusão, porque o processo é uma espécie de procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escoala em que pode haver distinção entre gênero e espécie.[87]"

Assim, o processo é um procedimento qualificado pela observância do contraditório, segundo o sistema normativo, no qual se assenta a distinção, sendo entendido o contraditório como participação daqueles que têm interesse no provimento final a ser promovido, concebendo, ainda, que tais interesses são contrapostos.

Fazzalari, responsável pela consolidação da concepção de processo como contraditório, assevera categoricamente que existe processo quando no *iter* de formação de um provimento existe contraditório, ou seja, ao ser conferido aos interessados a participação sob recíproca e simétrica paridade, constituindo-se como uma seqüência de atos mais complexa do que a de caráter meramente procedimental porque tais atos devem abrigar a integração de todos os interessados[88].

Para o processualista italiano, a distinção entre processo e procedimento baseia-se no contraditório, que conferiria à estrutura de participação dialética a *ratio distinguendi*, em que cada sujeito exerce um conjunto de escolhas, reações e controles e deva suportar as dos outros envolvidos, de maneira a essas atuações serem consideradas no provimento final, não podendo o seu autor obliterar as suas atividades.

Já o procedimento é concebido por Fazzalari como seqüência de atos, atos esses que encerram, na verdade, a representação de poderes, deveres e faculdades conferidas pelo ordenamento jurídico aos interessados, rejeitando a concepção de procedimento como ato composto ou ato complexo. [89]

85. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 66-67.
86. Op. cit., p. 97-101.
87. Op. cit, p. 68.
88. FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13, p. 1072-1.073.
89. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 116-117.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION710 710 4/10/2007 14:41:03

O procedimento seria o gênero e o processo a espécie, porque representaria um procedimento qualificado especialmente pela estrutura dialética marcada pelo contraditório, concluindo que, sem contraditório, não há processo[90], e asseverando que "É e se acrescentar que a identificação do 'processo' como espécie do gênero 'procedimento' nos permite compreender e valorar plenamente que o princípio constitucional do contraditório está mortificado no esquema do mero procedimento.[91]"

Com tais considerações, verifica-se a compostura do processo como procedimento em contraditório; entretanto, a existência de contraditório em determinados procedimentos não fica relegada a livre conformação do legislador diante do reconhecimento do direito fundamental à processualização.

Com efeito, a progressiva inserção do contraditório nas várias formas de manifestação das funções estatais ordenadas procedimentalmente decorre da inflexão do devido processo legal com a dimensão processual dos direitos fundamentais, ou seja, do direito fundamental à processualização.

Infere-se, pois, que, a partir do princípio do devido processo legal, o contraditório, efetivamente, além de consubstanciar um elemento constitutivo do conceito de processo, revela-se como um requisito condicionante da legitimidade processual, sujeitando a sua estrita e regular observância a validade do próprio ato final.

Assim, trata-se não de procedimentalização, mas de processualização da atuação do Poder Público, na medida em que a dimensão processual dos direitos fundamentais e o devido processo legal conferem ao processo não apenas a condição de meio de defesa e garantia dos direitos, função atribuída ao processo jurisdicional, mas também como veículo de proteção às intervenções estatais indevidas, âmbito resguardado pela reserva de processo, e, ainda, como meio de concretização e realização dos direitos fundamentais e das políticas públicas a eles referidas.

Estabelecida a concepção de processo e a sua relação com procedimento, pode-se verificar que as teorias procedimentalistas, de caráter discursivo ou não, encerram, na verdade, caráter processual, pois tanto Alexy[92], ao sustentar a procedimentalização do discurso como forma de torná-lo racional mediante a

90. Op. cit, p. 121.
91. Op. cit, p. 40.
92. Alexy, Robert. *La Institucionalización de la Justicia.* Granada: Comares, 2005, p. 62-63.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION711 711 4/10/2007 14:41:03

idéia regulativa do discurso ideal, quanto Habermas[93], sustentam a viabilização da comunicação em condições de discurso ideal que pressupõe a participação isonômica dos interessados.

Também a doutrina de Luhmann da legitimação pelo procedimento, ainda que abrigue outros matizes, pode ser entendida como portadora de um caráter processual, por implicar, de igual forma, a participação, ainda que o relevo seja acentuado na positivação das formas procedimentais do que na participação.

De igual forma, a concepção procedimental da constituição defendida por John Hart Ely apresenta caráter verdadeiramente processual, ao conceber que a constituição apenas permite a atuação do Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos e não têm responsabilidade política, se estiver em questão a preservação do processo democrático para que a minoria não seja suprimida pela maioria[94].

Registre-se que teorias procedimentalistas de cunho discursivo buscam a obtenção da verdade ou da correta interpretação pelos procedimentos discursivos, que encerram, implicitamente, uma atividade dialógica, ainda que de caráter persuasivo, atendendo à caracterização constitucional da concepção de processo[95], sem relegar a importância da argumentação, notadamente para a fundamentação das decisões judiciais.

Esclarecida tal controvérsia, promovida a diferenciação entre processo e procedimento e a confirmação do direito à processualização e não à procedimentalização, como também, sinteticamente, a sua relação com as teorias discursivas e com a concepção luhmanniana de procedimento[96] e a procedimentalista de constituição, que apresentam caráter processual, urge que seja promovida a análise do conteúdo material do direito fundamental à processualização.

3.3. Conteúdo material: abrangência e contraditório

Uma interpretação descuidada do art. 5°, inciso LIV, da Constituição Federal poderia conduzir a um rotundo equívoco, na medida em que o dispositivo constitucional, ao acolher a clássica forma pela qual ficou consagrado, referiu

93. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p. 62-64.
94. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: *A Theory of Judicial Review.* Cambridge, Massachussets, Londres: Harvard University, 2002, p. 4-5.
95. Ainda que não se concorde com tais posturas epistemológicas pela adesão à hermenêutica filosófica.
96. O que é percebido por Dinamarco em atenta observação, sugerindo a substituição da legitimação pelo procedimento por legitimação pelo devido processo e pelo contraditório. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 125.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION712 712 4/10/2007 14:41:03

ao âmbito de incidência do devido processo legal adstrito às situações em que houvesse a privação da liberdade ou dos bens.

De outra parte, o inciso LV do mesmo dispositivo constitucional relaciona o contraditório e a ampla defesa – que dão a compostura ao conteúdo material do devido processo legal e, conseqüentemente, apresentam-se como elementos constitutivos e garantísticos do processo –, aos acusados e litigantes em geral.

Tanto a referência do devido processo a bens e liberdade, quanto do contraditório e da ampla defesa aos acusados e litigantes, indicam uma dimensão reducionista, incompatível com a extensão a ser conferida ao processo por força do direito fundamental à processualização[97].

Em se adotando uma interpretação meramente literal, a modo do exegetismo ou do textualismo, conceber-se-ia que o devido processo legal só incidiria nas atividades desenvolvidas pelo Poder Público que pudessem influenciar negativamente na esfera das liberdades ou no âmbito patrimonial, o que importaria na negação do direito fundamental à processualização e, mais ainda, da dimensão processual dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, o contraditório e a ampla defesa só deveriam ser observados quando houvesse uma lide, caracterizada por um conflito de interesses diante de uma pretensão resistida, segundo a clássica lição processual.

Tal concepção advém de uma compreensão reducionista do processo, porque o relaciona à lide, entendo-se que só deveria haver processo diante de um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, a partir do que se justificaria a estrutura dialógico-dialética do processo, com a participação isonômica dos interessados no provimento final, característica do contraditório.

O que aparentemente parece exigir o processo é o risco de que o indivíduo se submeta a um ato que importe em privação de bens ou liberdade, situação caracterizada a partir de um litígio, seja em processo judicial, seja em processo administrativo, ou quando houvesse uma acusação, que não deixa de configurar um litígio, num sentido mais amplo.

Ainda pela interpretação literal, poder-se-ia considerar que o contraditório e a ampla defesa não se aplicariam se não se tratasse de processo judicial ou

97. Do que se infere a existência de uma relação de recíproca implicação entre devido processo legal e direito fundamental à processualização, posto que, se o aludido princípio é um dos fundamentos para o seu reconhecimento, o direito em questão impõe uma compreensão mais ampla da abrangência do devido processo legal.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION713 713 4/10/2007 14:41:03

administrativo, denotando a possibilidade de que houvesse processo sem contraditório ou sem ampla defesa e que, como tal, fosse processo devido.

Os riscos de interpretações tão destoantes do que se poderia reputar constitucionalmente adequado são advertidos por parte da doutrina, conforme o escólio de Francisco Gérson Marques de Lima[98] (2002, p. 177), abaixo transcrito, *in verbis*:

> O vocábulo 'bens', utilizado pelo inciso, está no sentido amplo, a alcançar tanto os materiais como os imateriais. É que, na ação, muitas vezes se discutem interesses de natureza não-material, como a honra, a imagem, a dignidade etc. E as conseqüências de uma sentença judicial não consistem apenas em privar alguém de sua liberdade ou de seus bens, porquanto podem representar um mandamento, uma ordem, um ato constitutivo ou desconstitutivo, uma declaração ou uma determinação de *facere* ou *non facere*.

Ora, embora a lide não seja mais admitida como elemento caracterizador quer da atividade jurisdicional, quer do processo, como sustenta o próprio Fazzalari[99], estaria implícita na caracterização do contraditório como estrutura dialética de participação dos sujeitos, distintos do autor do provimento final, que se apresentam, conseqüentemente, com interesses contrapostos.

Também Aroldo Plínio Gonçalves[100] assim considera ao reputar que o juiz não participa do contraditório porque não tem interesse contraposto ao das partes e, ainda, que o contraditório traz implícito a oposição de interesses das partes envolvidas, relegando a sua concepção como mera participação no processo à sua concepção originária, que não seria mais pertinente.

Afirma que "É essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo"; não obstante isso, a concepção do contraditório como elemento caracterizador do processo e responsável pelo seu desenvolvimento em estrutura dialética não se afigura pertinente, ante a difusão do processo para âmbitos alheios ao processo judicial que resulta do direito à processualização.

Se a concepção de Fazzalari de que o processo é caracterizado a partir do contraditório tem como embasamento uma análise lógica do ordenamento jurídico processual italiano, cumpre acentuar que a inserção do contraditório como

98. LIMA, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 177.
99. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 116-117, p. 120.
100. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 121.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION714 714 4/10/2007 14:41:04

elemento conceitual do processo, no ordenamento jurídico pátrio, não deriva apenas do sistema processual pátrio, sendo uma imposição resultante do devido processo legal.

Nesse sentido, em se admitindo que o contraditório enseja sempre uma estrutura dialética, a expansão do processo para outros âmbitos poderia ficar obstaculizada em não havendo interesses contrapostos, o que se dá diante da possibilidade de ocorrência de interesses convergentes e concorrentes, que não dispensem a processualização com vistas a definir a melhor e mais adequada maneira de se lhes dar consecução pelo provimento final a ser adotado.

Lionel Ascensi[101] pontua a origem do contraditório num provérbio atribuído ao Rei Salomão, que simboliza a justiça no imaginário popular, destacando a sua importância histórica, afirmando que o processo implica em contraditório, como a contradição explica o processo.

O autor francês assevera a necessidade de uma renovada leitura do princípio do contraditório, de modo a justificar a sua configuração além do âmbito jurisdiciona, atendo-se, contudo, às situações litigiosas[102].

Não obstante isso, afigura-se compatível com a proposta do presente estudo uma concepção mais aberta do contraditório, conducente, em sentido amplo, ao diálogo, não necessariamente desenvolvido pela estrutura dialética[103], de modo a permitir uma compreensão constitucionalmente mais adequada, porque mais emancipatória e garantista, do devido processo legal, consagrado pelo art. 5°, inciso LIV, a despeito da sua referência explícita a litigantes e acusados em geral.

Paradoxal seria sustentar a difusão do processo como paradigma para o exercício das funções do Estado que se relacionem direta ou indiretamente com os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, considerar imprescindível a existência de que os envolvidos que devam participar com paridade de armas do procedimento tenham interesses opostos, pois, mesmo que reflexamente, remete a uma perspectiva subjacente de litigiosidade.

Essa litigiosidade não se configura, necessariamente, no exercício da função administrativa, ou mesmo da função legislativa, em especial quando se refira à

101. ASCENSI, Lionel. *Du Principe de la Contradiction.* Paris: LGDJ, 2006, p. 1-3.
102. Op. cit., p. 13.
103. Em se entendendo por dialética a existência de posições contraditórias que embasam argumentos e fundamentos opostos e reciprocamente excludentes, pois, mesmo sem a nota da contrariedade de posições jurídicas ou argumentos, ter-se-ia, ao que se sustenta, processo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION715 715 4/10/2007 14:41:04

ação pública voltada ao planejamento, formulação, implementação e execução de políticas públicas, também portada de caráter processual.

O contraditório, no âmbito processual não-jurisdicional, passa a ter contornos diferenciados, em virtude da necessária adaptação da compostura do processo para além do seu módulo legal, caracterizado justamente pelo processo judicial.

Nesse sentido, Leonardo Greco considera que o contraditório, como expressão do princípio da participação democrática, "não é mais exclusivo do processo judicial, mas se estende a todas as atividades dos poderes públicos de que podem resultar decisões que atinjam a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses de cidadãos determinados", recomendando, em tais casos, a adoção de audiências públicas ou outros procedimentos que viabilizam o diálogo.[104]

Não se objetaria a relação entre caráter dialógico do contraditório e a sua estrutura dialética, pois a dialética não se circunscreve apenas às situações em que existam interesses opostos ou contrapostos daqueles em cuja esfera jurídica repercutirá o ato final; a objeção consiste apenas se houver a identificação, que se afigura impertinente, entre dialética e contraposição de interesses.

Logo, o conteúdo material do direito fundamental à processualização impõe uma extensão do âmbito de incidência do processo e, ao mesmo tempo, uma releitura do contraditório, que o caracteriza, a fim de potencializá-lo não apenas como garantia dos direitos fundamentais, mas também como modo de concretização e realização que assegure a dimensão emancipatória da pessoa humana.

Contraditório, então, para além do processo judicial e daqueles que têm caráter litigioso, relaciona-se, nessa renovada leitura, ao processo eleitoral, aos processos legislativos e a alguns processos administrativos, como os que demandam a realização de audiência pública para discussão do plano diretor da cidade, ou para determinadas medidas de impacto ambiental, ou, ainda, para o planejamento, formulação, execução e controle das políticas públicas.

Em tais situações, não existem necessariamente interesses opostos que signifiquem exclusão mútua ou recíproca pelo provimento final; malgrado tal constatação, não se lhes pode negar a condição de consubstanciarem formas processo, numa leitura constitucionalmente adequada do contraditório, que lhe

104. GRECO, Leonardo. Contraditório. In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo-Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 156.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION716 716 4/10/2007 14:41:04

dá a compostura específica, pela inflexão da eficácia processual dos direitos fundamentais eventualmente relacionados ao exercício das respectivas funções estatais.

Não se pode adotar, em temas pertinentes aos direitos e garantias fundamentais, qualquer compreensão reducionista, em contrariedade ao princípio da máxima efetividade, o que ocasionaria a própria negação dos fundamentos republicanos do Estado brasileiro, como bem observa Manoel Jorge e Silva Neto[105].

Deve-se constatar a relevância de assegurar a existência de processo além do âmbito judicial e administrativo, nos quais obrigatória é a observância do contraditório, independentemente da existência de litígio ou acusação formal de que possa resultar privação de liberdade ou bens, atraindo, conseqüentemente, a incidência do devido processo legal.

O direito fundamental à processualização, em o seu conteúdo material, sustenta a processualização da ação estatal, abrangendo âmbitos e atividades estatais[106] que, até então, não eram entendidas como susceptíveis de se desenvolverem processualmente, desprendendo-se tanto da atividade jurisdicional, como da existência de litígio, acusação ou mesmo risco de privação da liberdade ou dos bens.

O devido processo legal espraia-se, conseqüentemente, para além dos lindes do processo jurisdicional e, ainda, segundo anota Francisco Gérson Marques de Lima[107], vai além, ao afirmar que as "garantias foram reconhecidas como de dimensão tamanha que alçaram status constitucional, donde irradiam seus raios lucipotentes a todos os campos do direito processual. Hoje se reconhece a aplicabilidade de algumas delas até nos meros procedimentos."

Ora, se a aplicabilidade de algumas delas se estende aos procedimentos, operam, conseqüentemente, a transmutação dos procedimentos em processos, deixando de ser apenas uma sucessão concatenada de atos, preparatórios do provimento final.

Há um dever do Poder Público de estabelecer a atuação processual, e não apenas procedimental, em âmbitos distintos do processo jurisdicional ou do processo administrativo, em toda e qualquer atividade que, segundo os elementos

105. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional.* São Paulo: Ltr, 1999, p. 37.
106. Além das privadas, em função da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, questão a que não se adentrará por transbordar os objetivos desse estudo.
107. LIMA, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 176.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION717 717 4/10/2007 14:41:04

que dão ensejo à configuração e caracterização da aplicação da processualização, deva se desenvolver processualmente.

Importa ressaltar que onde houver processo, entendido como procedimento em contraditório, haverá devido processo legal, que é o vértice axiológico a que se reconduzem todos os processos, em suas distintas tipologias e em seus respectivos âmbitos materiais.

A extensão do processo, resultante do direito à processualização, justifica-se a todos os âmbitos aos quais deva se estender o contraditório, com as devidas adaptações, tanto como instância de proteção aos direitos fundamentais, como instância de realização e concretização positiva, que se deve implementar dialógica e isonomicamente, sem olvidar a necessária fundamentação material.

O processo, e não o mero procedimento – compreendido como procedimento em contraditório, ou seja, participativo e dialógico, pressupondo o tratamento isonômico e com paridade de todos os que se submeterão à deliberação final – aplica-se não apenas à jurisdição, incidindo também no que tange a atuação da Administração Pública, ao Poder Legislativo, conforme previsto pelo art. 59 da Constituição Federal, aos processos eleitorais[108], aos processos jurisdicionais não estatais, como se opera com a arbitragem, e, ainda, com ressalvas, à seara negocial[109].

Nesse sentido, Ascensi pontua que o contraditório teria uma dupla função, quais sejam, a de proteção dos interesses que serão afetados pelo provimento final, e a função heurística, ao constituir o suporte jurídico da elaboração dialógica da decisão[110].

O direito fundamental à processualização, enquanto resultante da dimensão processual dos direitos fundamentais, além de conferir a ampliação do âmbito do processo, atraindo consigo as fórmulas garantístas do devido processo legal, encerra, também, uma eficácia negativa, consistente na proibição de intervenção estatal para limitar direitos fundamentais que não se opere processualmente, dando ensejo à chamada reserva de processo, como entende Häberle.

---

108. Como firmado proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.685-8/DF, em que se suscita a inconstitucionalidade de parte da Emenda Constitucional n° 52/2006, que vedava a restrição das coligações partidárias à observância estrita daquelas que forem formadas em âmbito nacional, conhecida como a responsável pelo fim da verticalização
109. Já Fredie Didier Jr. (2006, p. 33) considera a pertinência do conceito lógico-jurídico do processo ao âmbito das relações negociais de forma ampla.
110. ASCENSI, Lionel. *Du Principe de la Contradiction.* Paris: LGDJ, 2006, p. 15.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION718 718 4/10/2007 14:41:04

A reserva de processo incide no plano normativo, a exigir a edição de lei em sentido formal, cuja atuação participativa e dialógica da sociedade fica atendida parcialmente pelos representantes que integram o Poder Legislativo – não obstante a advertência de Häberle[111] acerca da indolência dos partidos políticos e dos déficits democráticos –, o que infirma a possibilidade de medidas provisórias restritivas de direitos fundamentais, quaisquer que sejam eles, ainda que não constem do rol expresso do art. 62, além da inconstitucionalidade do art. 2° da Emenda Constitucional n° 32/2001, que previu a eficácia permanente para as medidas provisórias vigentes quando da sua promulgação.

Além da atuação normativa destinada a limitar os direitos fundamentais, também a eficácia negativa comporta a necessidade de observância das formas processuais, tanto pela Administração Pública, como por particulares, quando se trate de intervenção referida a direitos e liberdades, sendo o âmbito típico e classicamente conferido ao processo e ao devido processo legal, compondo a reserva de processo administrativo ou de processo jurisdicional.

Comporta, também, uma dimensão positiva, no sentido de vincular o Poder Público a prever e instituir os meios concretos de realização e efetivação processual dos direitos fundamentais, assegurando a participação dialógica e isonômica dos que se mostrem interessados e, ao mesmo tempo, obstaculizando retrocessos na sua progressiva e contínua implementação, que não se coadunam com a estrutura de processo, caracterizado por consistir num movimento de marcha para frente, sem refugos.

O direito fundamental à processualização, além de meio de defesa e de garantia, caracteriza-se, portanto, como forma de efetivação e realização dos direitos fundamentais, portando um caráter emancipatório, destinando-se a viabilizar a participação aberta e dialógica da sociedade no que respeita à formulação de políticas públicas e no planejamento da ação estatal no que concerne aos direitos fundamentais, notadamente quando envolva questões de colisão de direitos fundamentais e a reserva do possível[112].

Alexy[113] contribui para a identificação do conteúdo material do direito à processualização ao tratar de quatro categorias resultantes do *status activus processualis*, compostas pelas "competencias de derecho privado", consubstanciadas

111. Häberle, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002, p. 200.
112. Como concebe HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 288.
113. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 467-482.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION719 719 4/10/2007 14:41:04

na manifestação da autonomia de vontade do indivíduo para a qual se faz necessária a disciplina dos institutos de direito privado, como o contrato e o matrimônio, sem os quais a propriedade e outros direitos quedariam profundamente afetados.

Afirma a existência de direito ao procedimento quanto aos procedimentos judiciais e administrativos, especificamente, ressaltando elementos que lhe dão compostura normativa, servindo, usualmente, para defesa em face do Estado ou para proteção em face de terceiros.

Haveria, também, a dimensão do direito à organização em sentido estrito, tendo como elemento de agregação a circunstância dos direitos fundamentais relacionados a essa dimensão procedimental encerrarem uma cooperação de pessoas buscando a realização de determinados fins.

Por fim, em sentido mais amplo e na tentativa de abranger a complexa e multifacetada construção da dimensão procedimental de Häberle, aduz a existência de direitos procedimentais respeitantes à integração e participação influenciando a formação da vontade do Poder Público, salientando, contudo, que se relevaria como *status positivo* enquanto exigência de disciplina para regular o exercício dos direitos de participação, como se dá com o voto, sintetizando esse tipo e sua relação com o processo democrático de forma que justifica sua transcrição literal, *in verbis*:

> La distinción entre el derecho dirigido al legislador a la normación legislativa ordinaria de la competencia para votar y la competencia para votar muestra de una manera especialmente clara la conexión entre derechos fundamentales y procedimiento democrático.
>
> .....
>
> Por una parte, abren la posibilidad de una participación legislativamente relevante en el proceso de formación de la voluntad y, por otra, en tanto derechos fundamentales, fijan restricciones a la competencia del legislador.

Efetivamente, as potencialidades resultantes do conteúdo material do direito fundamental à processualização demandam uma séria de indagações, pelo que só se está procedendo a uma indicação de modo a ensejar uma mais apurada reflexão doutrinária, como a realizada por Canotilho[114].

114. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Défice Procredimental. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 75/84.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION720 720 4/10/2007 14:41:04

De qualquer sorte, o seu núcleo normativo consiste na progressiva processualização da atuação do Poder Público, em quaisquer das suas funções, de modo a assegurar a participação dialógica e isonômica dos que estejam envolvidos pelo provimento final, participação esta que pode se dar, em determinados casos, diretamente, ou por via representativa, o que depende do referencial material a que esteja ligado o processo, em cada situação específica.

Ademais, comporta uma dimensão que proíbe o retrocesso social na medida em que a participação dialógica relacionada à concretização e realização dos direitos fundamentais não pode contrariar a continuidade progressiva ínsita às estruturas processuais, como se se operasse uma preclusão diante da consecução de um determinado nível de emancipação social.

Registre-se, ainda, que a adoção de formas processuais dialógicas atende aos postulados da hermenêutica filosófica, pois, além de significar o processo, com a dimensão axiológica e emancipatória que lhe foi atribuída, uma fundamental garantia de proteção, realização e concretização dos direitos fundamentais, é o ambiente em que se dá a compreensão/interpretação/aplicação, dirigida ao caso concreto e mediada pelo interpelar proveniente do horizonte histórico do texto.

3.4. Fundamentação material

Diante do quanto exposto, não se pode admitir uma concepção meramente formal de processo, sendo necessária uma concepção material que a dirija.

Adiante-se que o reconhecimento de que as teorias processuais ou procedimentais operam no plano epistemológico e filosófico não afasta o relevo do seu tratamento, ainda que sintético, no presente estudo, pois a processulização traz consigo uma concepção de justiça subjacente, que não pode distanciar-se dos direitos fundamentais de que se constitui expressão.

De logo, Canotilho já reafirma que a "participação *no* e *através* do procedimento já não é tanto um instrumento funcional da democratização, mas uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material.[115]"

115. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI, p. 158.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION721 721 4/10/2007 14:41:05

Ainda quando tratando dos procedimentos jurisdicionais e administrativos, Alexy[116] expõe à polêmica entre procedimentalistas e substancialistas, como se verifica abaixo, *in verbis*:

> Existen dos modelos fundamentalmente diferentes de la relación entre el aspecto procedimental y el material. De acuerdo con el primer modelo, la correción del resultado depende exclusivamente del procedimiento. Si el procedimiento ha sido llevado a cabo correctamente, el resultado es correcto. No existe un criterio independiente del procedimiento para juzgar acerca de la correción. De acuerdo con el segundo modelo, existen pautar de correción independientes del procedimiento. El procedimiento es un medio para lograr esta correción en la mayor medida posible, como así tambíen para llenar los campo de acción que dejan libres estas pautas.

O aludido conflito jusfilosófico também é abordado por Canotilho[117] que, recorrendo à exposição de Alexy, considera que a questão remeta ao confronto de uma concepção de justiça enquanto legitimidade procedimental, pelo que "a justeza dos resultados depende apenas do procedimento/processo, entendendo-se que se o procedimento é justo, justo será o resultado", e a de um modelo de justiça material, em que "o procedimento é um meio para se alcançarem resultados justos, mas os direitos fundamentais compreendem-se como dimensões subjectivas autónomas separadas dos instrumentos procedimentais.

Com o próprio Canotilho[118], pode-se inferir a impossibilidade de ignorar a necessidade de uma concepção material subjacente ao direito fundamental à processualização.

Nesse sentido, Arthur Kaufmann[119], opondo-se a uma leitura meramente formalista de uma teoria processual de justiça, assenta o processo numa dimensão material, criticando a concepção de racionalidade discursiva de Alexy, segundo a qual se teria uma "teoria cem por cento processual".[120]

Destacando o valor heurístico do processo, e reconhecendo que a verdade se manifesta no e através do processo[121], afirma a debilidade de tais teorias na

116. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 472.
117. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI, p 156-157.
118. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Défice Procredimental. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 75.
119. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 425-435.
120. Op. cit., p. 426. Tal compreensão, contudo, afigura-se equivocada se observado o conjunto da produção de Robert Alexy sobre a temática em questão.
121. O que pressupõe uma compreensão de processo como ambiente de compreensão/interpretação/aplicação mediante a atividade dialógica do perguntar desenvolvido lingüisticamente.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION722 722 4/10/2007 14:41:05

crença que lhes inspira de que poderiam renunciar à experiência e aos conteúdos, do que se extrai a necessidade de compreender a processualização não sob os paradigmas das teorias processuais puras, mas fundada na pessoa, não sendo tarefa apenas da filosofia do direito o seu desenvolvimento, incumbindo a todos a quem se confia o direito.

Gadamer, ao mostrar a proximidade entre tradição e razão, a que também pertence o direito, conduz a inferência de que o direito, enquanto historicidade, é essencialmente humano, não podendo a dimensão humanística, impositiva da proteção dos seus valores mais caros, materialmente fundantes, ser ignorada.

Alexy parece admitir uma concepção formal do processo, enquanto meio de realização institucionalizado do direito, entendido justo se e enquanto referido à correção na distribuição e compensação de bens entre os que integrem o discurso, exaltando a crença na racionalidade do discurso, que reputa suficiente para iluminar as concepções admissíveis de justiça e rechaçar as que não o sejam[122].

Não obstante isso, afigura-se injusta a atribuição de Alexy como adepto das teorias processuais meramente formais, pois, embora adote a perspectiva discursiva, concebendo que o discurso racional propicia, pela sua processualização, a instituição da justiça como correção, afirma ser imprescindível que os problemas da processualização sejam respondidos a partir de uma teoria de conteúdo[123], onde, a despeito de admitir o pluralismo, sustenta que algumas convicções normativas são muito fortes e estão suficientemente fundadas para resistir a argumentos, como as liberdades garantias pelos direitos fundamentais e o âmbito da competência democrática[124].

Ademais, Alexy rejeita as concepções meramente formais de processualização ao explicitar o seu entendimento de que os direitos fundamentais são processuais ao assegurar a participação direta e indireta no processo democrático; contudo, ao impor limites materiais a esses procedimentos, são os direitos fundamentais não-processuais, não sendo possível substituir as exigências jusfundamentais do processo pelas exigências jusfundamentais do conteúdo da decisão, pois nem tudo que pode ser resultado de discussão e votação é constitucionalmente possível.[125]

---

122. ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia.* Granada: Comares, 2005, p. 63.
123. Op. cit., p. 62-63.
124. Op. cit., p. 65.
125. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 473.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION723 723 4/10/2007 14:41:05

No mesmo sentido, Arnaldo Miglino salienta que, ainda sob a prevalência do caráter democrático do procedimento do que de sua relação com os direitos fundamentais, democracia não é apenas procedimento, sendo, talvez, o mais importante, mas não o único, revivendo a concepção de democracia ateniense para exaltar a relevância dos direitos e liberdades fundamentais.[126]

Ora, num Estado Democrático de Direito cuja Constituição revela caráter dirigente, o procedimento não pode se autonomizar e constituir-se elemento fundamental de redução da complexidade, como sustenta Luhmann, ou pela estabilização das expectativas e desenvolvimento da razão discursiva, conforme Habermas, ou, ainda, na feição estritamente assecuratória das minorias, na esteira de John Hart Ely, sendo esta também a posição do próprio Alexy.

Bruno Romano, analisando a questão do procedimentalismo no âmbito da teoria funcional, rechaça a visão procedimental do direito, por considerá-la referida a um fundamentalismo funcional, destaca que "as regras dos procedimentos são os procedimentos das regras"[127].

Há, então, uma imbricação entre regras conteúdisticas e procedimentos, pelo que as regras são conteúdo dos procedimentos e, por sua vez, são formativas do procedimento, enquanto os procedimentos são formativos das regras e demarcam o seu conteúdo.

Não obstante tal estágio da controvérsia, não se pode olvidar e nem omitir a análise de um dos constitucionalistas que de primeiro suscitaram uma compreensão materialmente fundada das constituições e, inclusive, do processo, detendo-se na defesa de uma concepção substancial inerente ao processo. Tal papel coube a Laurence Tribe num artigo em que rejeita a leitura procedimentalista da Constituição americana[128].

Tribe[129] reconhece que o aperfeiçoamento do processo decisório é radicalmente indeterminado e incompleto, salientando que a temática processual não determina quase nada a menos que sejam especificadas as suas proposições e que seu conteúdo seja complementado por uma teoria de direitos e valores substantivos.

---

126. MIGLINO, Arnaldo. *A Democracia não é apenas Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2006.
127. ROMANO, Bruno. *Sulla Visione Procedurale del Diritto: Saggio sul Fndamentalismo Funzionale.* Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 46.
128. TRIBE, Laurence. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. In Readings in the Philosophy of Law. Coleman, Jules C. (org.). Garland Publishing: Nova Iorque-Londres, 1999, p. 371-388.
129. Op. cit., p. 372.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION724 724 4/10/2007 14:41:05

Considera que, por mais procedimental que sejam, não podem ignorar o aspecto axiológico que subjaz ao seu conceito, como se verifica do excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

> Mas nossa realidade constitucional põe problemas ainda mais profundos para as teorias procedimentais. Até mesmo as prescrições constitucionais que sejam mais pertinentes ao procedimento não podem ser adequadamente compreendidas, muito menos aplicadas, sem que haja uma teoria dos direitos fundamentais desenvolvida que resguarde as pessoas contra o Estado – uma teoria cuja derivação demanda precisamente tipos de opções quanto a controvérsias substanciais que os procedimentalistas estão ansiosos para deixar ao eleitorado e a seus representantes.

Assevera[130] que tanto no processo judicial – seja criminal, seja civil, seja administrativo – quanto quando a constituição disciplina o processo político-eletivo, ainda que o objeto seja o processo, não significa que o sentido e a proposta das prescrições constitucionais seja meramente processual, pois não há fundamento para sustentar que as respectivas normas sejam ou devam ser axiologicamente neutras em matéria substancial.

A dicotomia entre o processo político-representativo e o processo judicial, para Tribe, só pode ser percebida se devidamente atrelada a uma teoria substancialista, pois do contrário não se poderia definir de que forma a participação deveria se realizar, ou seja, se apenas com o direito de se manifestar, ou se com o direito ao voto, o que decorre da dificuldade da definição de como devem ser considerados os indivíduos diante das ações governamentais, se em massa ou individualmente, ocasionando a inconstitucionalidade de algumas leis por não viabilizaram a participação do indivíduo enquanto tal.

A questão sobre qual o tipo de participação a constituição requer remete a uma análise não apenas da eficácia da alternativa do processo – se judicial ou se político-representativo –, mas também do caráter e da importância dos interesses em jogo – seu papel na vida do indivíduo enquanto indivíduo.

A aludida análise impõe uma teoria de valores e direitos tão evidentemente substantiva – e com as mesmas funções – como as que são desenvolvidos a partir das prescrições constitucionais sobre propriedade, escravidão e religião, exemplificando com a análise às garantias processuais do acusado no processo criminal, que se referem à privacidade e sem a qual não podem ser devidamente compreendidas.

130. Op. cit., p. 375-376.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION725 725 4/10/2007 14:41:05

Ou seja, Tribe destaca a relevância de se perceber que o formalismo e o procedimento, com suas prescrições garantísticas e suas estruturas, só podem ser compreendidos tendo em vista a perspectiva substantiva a que estão servindo, a quais direitos ou princípios se relacionam enquanto forma de proteção ou de realização.

As garantias processuais do devido processo não significam simplesmente a proteção de qualquer direito conferido pela legislação ou pela administração pública, pois se assim fosse, seria possível estruturar o procedimento de acordo com a livre opção da autoridade competente, o que importaria na redução da garantia constitucional, admitindo a possibilidade de instituição de qualquer processo que fosse definido como devido, sem atentar o legislador para os paradigmas axiológicos a que deve estar vinculado pelo aspecto referencial do processo ao direito material.

A relevância da defesa de uma concepção material a que se refira a processualização dos procedimentos, resultante do direito fundamental à processualização, é destacada diante das três dificuldades aduzidas por Tribe para a redução dos direitos fundamentais a mero procedimento, enquanto canais de acesso e participação.

A primeira seria o próprio caráter indefinido de abertura e desobstrução dos canais participativos, considerados um fim em si mesmo, pois a participação de todos se justifica a partir de uma perspectiva substancialista

A segunda dificuldade consiste na impossibilidade de distinção dos instrumentos de persuasão no âmbito dos canais de participação.

De outra parte, há, ainda, o problema de que a sociedade modela o estado quase tanto quanto o estado modela a sociedade, pois a ação governamental define expectativas, confere legitimidade e estabiliza o *status quo*.

Ao proceder desse modo, o Estado interfere e afeta as concepções que prevalecem majoritariamente na sociedade, gerando uma adesão às ações e políticas governamentais pela circunstância da maioria compartilhar dessa perspectiva, o que poderia reduzir consentimento e representação a idéias vazias, podendo o governo conformar a vontade dos governados de acordo com a imagem daqueles que governam, além do problema do conformismo[131].

131. Op. cit., p. 387.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION726 726 4/10/2007 14:41:05

Por conseguinte, não se revelam constitucionalmente adequadas as concepções processuais ou procedimentais que se embasam numa concepção meramente formal, obnubilando a relação entre processo e direitos fundamentais, destacada justamente a partir da compreensão da dimensão processual que eles portam, e de que deriva o direito fundamental à processualização.

O direito fundamental à processualização, antes de ser importante pelo seu caráter heurístico e por possibilitar a racionalidade discursiva, ou a redução da complexidade social, ou por geral a aceitação das decisões pela observância do procedimento anteriormente positivado, possui importância fulcral como expressão do caráter emancipatório e inclusivo que deve ser atinente a todos os direitos fundamentais, não se coadunando com as teorias formais de justiça processual, conseqüentemente.

Entretanto, tais decorrências do direito fundamental à processualização devem repercutir na estruturação de uma teoria geral do processo que se mostre constitucionalmente adequada.

3.5. A Processualização e a Teoria Geral do Processo

A processualização do Direito e da ação estatal em geral – a despeito da sua extensão às atividades privadas, que merece um aprofundamento em outra oportunidade, mas a que também se aplica as presentes considerações –, consiste, então, no fundamento para que haja uma renovação e alteração na concepção de processo mediante a reflexão crítica em torno de uma teoria geral.

Com efeito, a atividade teórica só pode se desenvolver a partir de problemas, sejam problemas teóricos, sejam problemas práticos; em quaisquer dos dois casos, deve-se destacar a necessidade de um vínculo necessário entre teoria e prática, ainda que os problemas que surjam seja de matiz teórica, posto que acabam por ter alguma relevância prática.

Karl Popper[132] demarcar o momento inicial do conhecimento a partir da existência de problemas, e não de percepções ou de observações, asseverando que "[...] não há nenhum conhecimento sem problemas, mas também não há nenhum problema sem conhecimento."

Ressalta que a reflexão advém da tensão entre conhecimento e ignorância, não havendo problema sem conhecimento e nem conhecimento sem problema ao

132. POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 14-15.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION727 727 4/10/2007 14:41:05

fundamento de que os problemas surgem de alguma falha no que se reputa conhecido, ou da existência de uma contradição interna entre o suposto conhecimento e os fatos, ou melhor dizendo, entre o suposto conhecimento e os supostos fatos.

Ao assim proceder, Popper expõe a concatenação necessária entre realidade e teoria, posto que os problemas práticos se tornam problemas teóricos que, por sua vez, submetidos a uma análise e ao desenvolvimento de um sistema de idéias, propiciam a ação, ainda que tal sistema se legitime enquanto resista às críticas que lhe são opostas. Da mesma forma, os problemas teóricos tendem a repercutir em questões práticas.

E como tal, as teorias estão constantemente abertas à crítica, o que possibilita a sua superação ou o seu aperfeiçoamento, afastando a noção anterior de que a correção metódica ensejaria o desenvolvimento de teorias perenes porque meramente descritivas da realidade, do objeto, e, como tal, em essência, imutável, dando ensejo ao conceitualismo, em que inspirou a formação e a estruturação inicial das teorias gerais.

A relevância que Popper confere à relação entre conhecimento e ignorância, originária da tradição grega, apenas denota o caráter finito da reflexão e da razão humana, o que se coaduna, nesse ponto, ainda que também por outros fundamentos, com a perspectiva hermenêutica e existencialista.

Ora, cada nova teoria é uma possível solução de problema e, caso se afirme, traz consigo, notadamente quando se volta diretamente para a práxis, outros problemas que denotam a necessidade de evolução contínua da reflexão para propiciar a existência, até porque, como ressalta com muita propriedade Ortega y Gasset[133], o destino do homem é a ação, de modo que não vivemos para pensar, mas pensamento para lograr viver e subsistir, o que realça de forma muito expressiva a relação incindível entre teoria e prática, pensamento e ação.

Desse modo, a teoria geral do processo precisa ter a sua relevância reafirmada e o seu desenvolvimento torna-se imprescindível para propiciar que o direito fundamental à processualização tenha a efetiva potencialidade emancipatória e garantista que lhe fora assinalada, pois, como salientando por Christian Atias, em lição já invocada, as teorias se erigem também contra o arbítrio.

Não obstante a necessidade da reflexão acerca da teoria geral do processo, a sua existência não é aceita por parte da doutrina nacional e estrangeira, principalmente pelos processualistas-penais, que buscam a sustentação da autonomia

133. ORTEGA Y GASSET, José. *El hombre y la gente*. Madri: Alianza, 2003, p. 31.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION728 728 4/10/2007 14:41:05

científica do processo penal a partir da negação da unidade do processo; tal resistência, entretanto, afigura-se desfocada, pois a existência de uma teoria geral do processo não importaria na subserviência científica do processo penal, e nem de quaisquer outros ao processo civil.

Nesse contexto, Carnelutti[134] entende de difícil consecução prática que a unidade fundamental do processo se apresente materializada em obras doutrinárias que abarquem todos os tipos de processo, o que não infirma o seu entendimento pela necessidade e utilidade manifestas de uma teoria geral, consoante o excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

> Neste livro, como em minha cátedra, ensina-se apenas Direito processual civil. Até certo ponto, esta restrição é uma necessidade imposta pela limitação das forças humanas. Um sistema que abarque juntos todos os tipos de processos, se bem que seja idealmente possível, receio que determinaria os inconvenientes de um edifício de dimensões excessivas, ou seja, pecaria contra um sentido de proporção. Por outro lado, de vez que eu me ajusto a essa necessidade, desejo manifestar com maior firmeza o convencimento da unidade fundamental de todas as formas do processo. Essa unidade se revel na função comum e, por correlação necessária, na comunhão essencial da estrutura e não resulta destituída por diferenças secundárias. Um estudo completo dos distintos processos não poderia, desde já, fazer-se sem levar em consideração essas diferenças; mas tanto ou mais nocivo resultaria perder de vista sua fundamental unidade. E estou seguro de que não estou enganado ao afirmar que a ciência do Direito processual não alcançará seu ápice até que não se tenha construído solidamente uma parte geral, na qual os elementos comuns em qualquer forma de processo encontrem sua elaboração.

Em verdade, infere-se que o obstáculo prático suscitado por Carnelutti não existiria, pois a análise de todos os tipos de processo não iria compor a teoria geral do processo, que se limitaria com as questões que demandassem problemas que revelassem uma abrangência geral; ora, toda a teoria possui uma certa a abrangência, que não é dela própria, mas da extensão ou recorrência do problema a cuja explicação e solução se dedica.

Não se pretende, entretanto, esgotar a análise dos argumentos favoráveis e contrários atinentes a uma teoria geral do processo, mas apenas suscitar a necessidade de uma reflexão renovada a partir da fundamentação e compreensão material de um novo direito fundamental, o direito fundamental à processualização, que impõe a expansão do processo como ambiente de produção do Direito e realização dos direitos fundamentais.

134. CARNELUTTI. Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 1., São Paulo: Bookseller, 2000, p. 394-395.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION729 729 4/10/2007 14:41:06

Assim, a teoria geral do processo que ora se propõe não se debruçaria sobre o processo civil, ou sobre o penal, ou qualquer outro, não tendo o desiderato e aprisionar em conceitos ou formas lógicas questões concernentes a regime jurídico e, como tal, mutáveis ao alvedrio dos órgãos legiferantes.

Caberia à teoria geral do processo afirmar a expansão do processo para além dos lindes tradicionais, na forma suscitada, em consonância com a potencialidade da processualização do Direito e da ação estatal, como uma das dimensões dos direitos fundamentais, erigindo-se, também, em muro contra o arbítrio daqueles que detém o poder, seja o poder político, seja o poder oriundo da função jurisdicional, seja o poder econômico, ou seja qualquer outro poder.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como desiderato afirmar a existência de um novel direito fundamental, consubstanciado no direito fundamental à processualização, estando lastreado no texto constitucional pela interação dos dispositivos que consagram os direitos fundamentais, ao serem portadores de uma dimensão processual ou *status processualis*, com o devido processo legal, abrigando-se pelas cláusulas constitucionais de abertura do catálogo de direitos fundamentais.

Não apenas a sua afirmação, mas também o delineamento inicial de seu conteúdo material, a fim de ressaltar a potencialidade das funções que lhe podem ser conferidas, agregando ao processo não apenas o caráter garantista e protetivo, mas também de realização e concretização dos direitos fundamentais numa perspectiva inclusiva, emancipatória e evolutiva.

Todavia, assentou-se também que um tal direito fundamental repercutiria na necessidade de uma renovada reflexão que envolvesse a teoria geral do processo, numa compreensão constitucionalmente adequada, que teria como elemento de fundamentação material o aludido direito que, por sua vez, legitima-se pela interação entre os direitos fundamentais e o devido processo legal.

Para tanto, pretendeu-se promover uma concepção que integrasse tanto as contribuições da teoria geral do processo, caracterizando o processo como procedimento em contraditório e permitindo a percepção de sua impositiva difusão para além da atividade jurisdicional e dos processos legislativo e administrativo, como os desenvolvimentos do constitucionalismo quanto à dimensão processual e organizativa dos direitos fundamentais.

A defesa de um direito fundamental à processualização trouxe, também e obrigatoriamente, a importância de assentar que, ao relacionar-se e derivar dos

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION730 730 4/10/2007 14:41:06

direitos fundamentais, não lhe poderia ser conferida uma leitura meramente formal, adentrando no plano epistemológico e filosófico para rejeitar as teorias procedimentalistas formais e qualquer concepção meramente procedimental ou processual da constituição, o que, de igual forma, interfere na concepção que se tenha acerca do estatuto de uma teoria geral do processo.

Ainda que se esteja numa sociedade pluralista e que existam valores, interesses e ideologias diversos, contrários e concorrentes, não se pode diluir a força normativa da materialidade constitucional em participação procedimental, tendo qualquer processo uma referência material ineliminável que estabelece os seus contornos, a forma e as condições de participação e, ao mesmo tempo, delimita o âmbito do constitucionalmente possível no que atine ao provimento final.

Destarte, a processualização defendida não é concebida apenas como forma de proteção ou de defesa dos direitos fundamentais, encerrando um caráter de realização e concretização que lhe conferem uma dimensão emancipatória da pessoa humana, dirigindo-se à promoção da sua dignidade nos marcos do regime republicado.

Sem a percepção desta relação material que subjaz à processualização, todo o relevo acentuado fica prejudicado e o processo, avançando e se estendendo a âmbitos outrora procedimentais, não teria qualquer valor constitucional, pois onde a pessoa humana não é considerada como referência axiológica e fundamental, não há constitucionalismo e nem processo devido, mas apenas arbítrio. E da mesma forma, onde não haja uma teoria do processo, constitucionalmente adequada, haverá amplo espaço para o arbítrio, do que resulta a necessidade do reconhecimento da processualização e, conseqüentemente, da afirmação da teoria geral do processo numa perspectiva crítica e renovada.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *ElConcepto y la Validez delDerecho.*Bacerlona: Gedisa, 1994.

_____. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Derecho y Razón Práctica.* Cidade do México: Fontamara, 2002.

_____. *Tres Escritos de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION731 731 4/10/2007 14:41:06

_____. *La Institucionalización de la Justicia.* Granada: Comares, 2005.

ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil.* Madri: Trotta, 1994.

ASCENSI, Lionel. *Du Principe de la Contradiction.* Paris: LGDJ, 2006.

ATIAS, Christian. *Théorie contre arbitrarire.* Paris: PUF, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito Processual Constitucional*. Belo Hozironte: Fórum, 2006.

BEIGNIER, Bernard. *Procédure Civile et Droit Constitutionnel*. In DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien *et* MOLFESSIS, Nicolas. *La Legitimité de la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel.* Paris: Econômica, 1999.

_____. *Droits Fondamentaux et règles principales du procès civil.* 3. ed. Paris: Montchrestien, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CALMON DANTAS, Miguel. Direito à Constitucionalização dos Direitos. *In* LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direitos Constitucionalizados*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 270-317.

_____. *Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente*. Revista do Curso de Direito da Unifacs, Porto Alegre: Síntese, v. 5, 2005, p. 51-61.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d.

_____. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1990, v. LXVI

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Constituição e Défice Procedimental In Canotilho, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. *'Brancosos' e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. *Devido Processo Legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION732 732 4/10/2007 14:41:06

CUNHA JÚNIOR. Dirley. *Controle das Omissões do Poder Público.* São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Processo Civil.* 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*: *O Juízo de Admissibilidade do Processo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, v. I.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

DIMOULIS, Dimitri *et* MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUARTE, Ëcio Oto Ramos et POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

DUTT, Carsten. *En Conversación con Hans-Georg Gadamer: Hermenéutica, Estética y Filosofia Práctica*. Madri: Tecnos, 1998.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*: *A Theory of Judicial Review.* Cambridge, Massachussets, Londres: Harvard University, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Processo (Teoria Generale)*. Novísimo Digesto Italiano. Turim: UETE, 1966, v. 13.

_____. *Processo e procedimento (teoria geneale)*. Enciclopédia del Diritto, v. XXXV, 1986, p. 819-836.

_____. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard *et alli*. *Droit Constitutionnel.* 7. ed., Paris: Dalloz, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y l a Filosofia del Derecho.* Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2001.

_____. *Direito e Razão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sérgio et DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANCO, Fernão Borba. *A fórmula do devido processo legal*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1999, n. 94.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *El Giro Hermeneutico*. Madri: Catedra, 2001.

_____. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado.* Salamanca: Alianza, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONÇALVES, Willian Couto. *Filosofia do Direito Processual.* Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2005.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION733 733 4/10/2007 14:41:06

GOZAÍNI, Osvado Alfredo. *Introdución al Derecho Procesal Constitucional.* Santa-Fé: Rubinzal-Culzone, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Leonardo. Contraditório. In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo-Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 156.

GUASTINI. Ricardo. *Estúdios de Teoría Constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2001.

_____. *Das Fontes às Normas.*São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

_____. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002.

_____. *L'etat Constitutionnel*. Paris: Economica, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

HEIDEGGER, Martín. *Ser e Tempo*. T. I. 15. ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre*: Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Nova Iorque/Londres: Norton, 2000.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Diritto ed Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 2003.

_____. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Francisco Gérson Marques. *Fundamentos Constitucionais do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales.* 7. ed., Madri: Tecnos, 1998.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION734 734 4/10/2007 14:41:06

MIGLINO, Arnaldo. *A Democracia não é apenas Procedimento*. Curitiba: Juruá, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique.* Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José. *El hombre y la gente*. Madri: Alianza, 2003.

_____, *Que és filosofia*. Madri: Alianza, 2005.

PALMER, Richard. *Que es la Hermenéutica?* Madri: Arcolibros, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades aplicada às Nulidades Processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

ROCHA, José Albuquerque da. *Teoria Geral do Processo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROLLA, Giancarlo. *La Tutela Costituzionale dei Diritti*. Milão: Giuffrè, 2005, v. III.

ROMANO, Bruno. *Sulla Visione Procedurale del Diritto: Saggio sul Fndamentalismo Funzionale.* Torino: G. Giappichelli, 2001.

ROUSSEAU, Dominique. *Droit du Contentieux Constitutionnel.* 7. ed., Paris: Montchrestien, 2006.

SAJÓ, András. *Limiting Governmente: An Introduction to Constitucionalism.* Budapeste: Central European University, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante.* Paris: Economocia, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.

_____. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional.* São Paulo: Ltr, 1999.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In COPETI, André; STRECK, Lenio Luiz *et* ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION735 735 4/10/2007 14:41:07

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRIBE, Laurence. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. In Readings in the Philosophy of Law. Coleman, Jules C. (org.). Garland Publishing: Nova Iorque-Londres, 1999, p. 371-388.

_____.*American Constitucional Law.* 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000, v. I.

XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

VÉLEZ, Maria Isabel Alvarez*; et* YUSTAS, Mª Francisla Alcón. *Las Constituciones de Los Quince Estados de La Unión Europea.* Madri: Dykinson, 1996.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION736 736 4/10/2007 14:41:07

CAPÍTULO XXVIII

LA VERDAD Y LA PRUEBA

Osvaldo Alfredo Gozaíni*

Sumario: 1. Introducción – 2. Prueba y debido proceso – 3. La verdad en el proceso: 3.1. Verdad real y verdad formal; 3.2. La prueba como fijación de los hechos; 3.3. La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial; 3.4. Síntesis de las tendencias – 4. La verdad en el proceso, en realidad, es la verdad de los hechos: 4.1. Historia breve de la verdad en la prueba; 4.2. La obligación de decir verdad sin texto legal que obligue; 4.3. Alcance del deber de veracidad; 4.4. Sujetos obligados a decir verdad – Bibliografía.

Abstract: Con la ponencia nos proponemos formular una teoría sobre la función del Juez frente al descubrimiento de la verdad en el proceso.

No nos conforma la certidumbre, y propiciamos que la lectura comience desde el principio de buena fe en el proceso, a cuyo fin, la exposición de los hechos debe ser cierta sin exculpar la versión que oculta circunstancias desfavorables.

1. INTRODUCCIÓN

El conflicto entre la verdad y la prueba es un debate abierto desde los orígenes de la ciencia. El interrogante persigue esclarecer cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿confirmar una versión? ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos.

En realidad, la necesidad de saber si la verdad es un fin para el proceso, resulta necesario e ineludible, porque la afirmación lleva a obligaciones consecuentes, tanto de las partes como del Juez que interviene; mientras que relativizar dicha finalidad con explicaciones tangenciales, supone afincar el objeto en otra dimensión, más técnica o apegada a principios más formales, en los que la verdad se desplaza por la necesidad de resultados.

Nos referimos, en concreto, a la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa como se logra ni con que medios se alcanza.

(*) Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Membro Titular da Associação Internacional de Direito Processual. Membro Titular do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. E-mail: osvaldo@gozaini.com

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION737 737 4/10/2007 14:41:07

En cambio, si la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, habrá que encontrar los que están obligados a conseguirla.

Podrán ser únicamente las partes, quienes tienen el deber o la carga de afirmar (alegar) y probar los hechos expuestos; y en su caso, analizar si las circunstancias que se exponen están perentoriamente expuestas a ser reveladas con toda realidad, sea o no favorable, a quien las relata; o en su caso, verificar si se pueden denunciar únicamente los hechos que benefician una determinada posición jurídica.

Cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos con la verdad, no se quiere decir más de lo que ello significa. Ahora, si la versión que se entrega es completa o sucinta, dependerá de la estrategia forense; pero como sea, se tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque algunos doctrinarios son proclives a sostener que se viola el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad.

En cambio, si al proceso se lo convierte en una lucha entre pretensiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea deriva en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. En su caso, es la cuestión que otros han considerado como la necesidad de disculpar un tipo de "verdad jurídica", que se contrapone con la certeza propia del derecho.

Siendo así, o visto el planteo en la perspectiva de las necesidades que exige el debido proceso, la crisis se produce porque de sostener la verdad jurídica, como distinta de la verdad real, significa tanto como reconocer que los jueces no pueden alcanzar éste último objetivo. Por eso, la sentencia que se obtiene tras un procedimiento entre versiones solo justifica la falibilidad del sistema por no ser auténtico.[1]

2. PRUEBA Y DEBIDO PROCESO

Efectivamente, la prueba puede tener lecturas y enfoques diversos, pero cuando se relaciona con las reglas del debido proceso, el tiempo que nos interesa

1. Sostiene Ferrer Beltrán que, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión es incontrolable racionalmente *(Prueba y verdad en el derecho,* p. 22, Marcial Pons, Madrid, 2002).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION738 738 4/10/2007 14:41:07

es el de la actividad, propiamente dicha. Desde ella tendremos que dar nuestra posición respecto a qué deberes y obligaciones existen para deducir la verdad o aplicar solamente el derecho; es obvio además, que los instrumentos (medios de prueba) tienen que evaluarse para saber si todos se podrán utilizar para resolver los objetivos, o si alguno de ellos puede quedar limitado o directamente prohibido cuando se viola una garantía esencial (v.gr.: el problema de las pruebas ilícitas).

Pero también, el último eslabón de la cadena probatoria, que finaliza en la valoración o apreciación de los medios y del esfuerzo de demostración, no puede quedar solapado, toda vez que depende de la regla o principio que se aplique, para iluminar el campo de probabilidades que lleva a los resultados.

Esto es, que la verdad sea una realidad a probar; o que se use a la verdad como excusa o justificación de un convencimiento particular logrado tras la persuasión de las partes.

En síntesis, cuando se quieren explicar reglas probatorias para todo tipo de procesos habrá que estudiar:

a) ¿Qué tipo de verdad se quiere en el proceso?

b) ¿Tiene reglas para la fase probatoria el debido proceso?

c) ¿Qué actividad concreta la actividad? ¿es reconstructiva, confirmatoria de las versiones, fija los hechos alegados? ¿Qué obligaciones tienen las partes y el Juez de la causa?

d) La valoración de la prueba ¿tiene reglas y principios que se acomoden a las nuevas consignas del debido proceso?.

3. LA VERDAD EN EL PROCESO

Dijo Genuzio Bentini:

> La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce... Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle.

La introducción que luce en el libro de Luigi Battistelli sobre "*La mentira ante los Tribunales*", es elocuente y marca la desventura y desilusión de quien lo expresa; si bien es cierto que en la obra se explican las penurias psicológicas y circunstanciales que llevan a mentir como argumento exculpatorio, antes que desarrollar los hechos que las partes proponen en sus escritos postulatorios.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION739 739 4/10/2007 14:41:07

La cuestión de la verdad en el proceso tiene larga tradición en las tribunas de la polémica, que orientada únicamente en los límites del debido proceso, procura resolver si es ésta una finalidad o apenas un medio que intercede en la justificación de las sentencias judiciales.

Cuando se afirma lo primero, y se confronta el lugar y el material de trabajo, comienzan a mostrarse las dificultades para alcanzar el objetivo.

Las alegaciones son la única fuente para conocer los sucesos; no se pueden incorporar otros hechos que no sean los afirmados por las partes; tampoco se pueden llevar a demostración las cuestiones que no son objeto de prueba, como los acontecimientos reconocidos, admitidos, los que gozan de una presunción, o son notorios, etc. etc. Es decir, los hechos objeto de la prueba se relacionan solamente con las afirmaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación.

Por otra parte, si el demandado se allana al proceso, o el actor desiste del mismo, no hay nada que probar, y se dictará sentencia resolviendo el caso sin necesidad de saber qué pasó, ni porqué sucedió que se motivara la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Además, la prueba tiene límites de espacio y de tiempo. La actividad principal se cumple y desarrolla en el expediente y ante los estrados del Tribunal; y en un plazo breve y acotado por los principios de concentración y celeridad.

Con esta argamasa se tendrá que modelar una verdad, posiblemente relativa o difusa, la que ha llevado a la ciencia tradicional a dividir entre una verdad jurídica o formal y una verdad auténtica o real.

La primera sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la restante es la que luce en el mundo de los fenómenos reales.[2]

Con esta explicación se quedan quienes afirman que la verdad en el proceso no es lo importante, porque en definitiva, si la controversia supone una lucha

2. Dice Taruffo que hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad "judicial" o "procesal" especial, y la idea o las ideas que se tienen fuera del proceso. Esencialmente se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad en el proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por "verdad judicial" y menos aún establecer qué se entiende por "verdad" *tout court.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION740 740 4/10/2007 14:41:07

entre pasiones encontradas, la función del Juez será pacificar esos ánimos en diferencia, o bien, resolver el conflicto entre ambos aplicando el derecho sobre las declaraciones de los hechos.

En definitiva, la sentencia es la máxima expresión de la voluntad del Estado a través de sus Jueces, y el convencimiento sobre la justicia del caso trasciende la verdad encontrada.[3]

3.1. Verdad real y verdad formal

A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades, se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el Juez debía estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba se solucionar con verosimilitudes.[4]

En la primera, la verdad sería una realidad a probar; en la otra, la verdad actuaba como simple convencimiento o persuasión. En uno, es un principio, en el otro, apenas un argumento.

La distinción no es útil en la doctrina actual del debido proceso, porque estas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el "derecho a la verdad", que es la proyección más novedosa del derecho constitucional – o fundamental – a la prueba.[5]

---

3. Sostiene Carnelutti, firme defensor de ésta teoría, que en cuanto a la posición de la situación de hecho, el Juez en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad, ha de acomodarse a las "afirmaciones de las partes". La afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al Juez. Cuando el acto cuya realización se pida al Juez presuponga la existencia de determinado hecho, la petición del propio acto implica la afirmación del mismo: afirmación, se entiende, de su existencia material...Se trata en definitiva, de una búsqueda de la verdad en el caso particular, bajo las reglas que el propio proceso le impone (prueba legal).
4. Calamandrei fue un acérrimo sostenedor de esta idea según la cual se tiene por verdadero aquello que tiene apariencia de serlo, y que probablemente haya sucedido, mientras la actividad desenvuelta por las partes consigan demostrar tales hipótesis.
5. La distinción entre verdad formal y verdad material –agrega Taruffo- es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION741 741 4/10/2007 14:41:07

Por otra parte, el objetivo de encontrar la verdad difiere cuando se considera con relación al proceso donde se requiere; no tiene igual entidad ni significado buscarla en los procesos inquisitivos, respecto a los sociales o netamente privados. Por eso, la naturaleza del entuerto condiciona el fin probatorio.[6]

Desde otra perspectiva, la *verdad material* se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos deben ser reales, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la *verdad formal* reducida a los hechos probados en la causa, sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria.

Para compulsar el valor de este dualismo de la verdad, cabe reflexionar que la ciencia jurídica como tal, es precisamente el conocimiento creado con la investigación. Un proceso recrea el aspecto cognoscitivo de la ciencia, por eso, la verdad no puede resultar un sofisma, y menos aun convalidar que sea un esfuerzo estéril.

El proceso tiene que encontrar la verdad, no "su verdad", simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a éstas no les importa la fidelidad con la realidad.

Con tal vara de medición, podemos razonar una primera lectura, acompañados de la guía jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia:

> El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad que es su norte, (Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata Cía. de Seguros, **La Ley,** 89-412).

---

la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto de la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal.

6. Sutil, pero muy precisa, es la distinción que propone Falcón, para quien la prueba debe definir sus objetivos de acuerdo con distintas consideraciones. Hay un *objetivo general* que persigue afianzar la justicia y tener a ésta como un valor absoluto. Aquí la verdad es una meta. Existen, también, *objetivos más abstractos*, que se pueden fraccionar en *realizables*, por ejemplo, sostener que el fin de la prueba es establecer un grado de convicción suficiente para juzgar; *operativos*, o solución específica que esperamos que la sentencia exprese sobre la base de las pruebas producidas. De este encuadre surge, conforme el autor, distintas fases en la búsqueda de la verdad: una puede suceder con la *verosimilitud,* propia de las medidas cautelares; sigue con la *certeza* que normalmente da lugar a la sentencia; y está la fase de la *evidencia* que aparece, claramente, para fundamentar soluciones sin necesidad de usar medios probatorios.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION742 742 4/10/2007 14:41:07

3.2. La prueba como fijación de los hechos

El volumen de la verdad es demasiado grande para ubicarlo entre los objetivos de un litigio, tradicionalmente centrado a una lucha entre pretensiones, egoísta en sus exposiciones, acotado en sus posibilidades, y demasiado volátil a sostener la realidad sin que cada parte quiera darle un color preferente.

Además, como la verdad no puede ser un "objeto" al ser antes que ello, una "cualidad", los hechos que se afirman, y las negaciones que se proponen, trabajan justamente en esa dimensión de lo versátil.

Cuando se afirma que la verdad no es posible se justifica diciendo que al juez se le proporcionan *juicios verdaderos*, esto es, que concuerden con la realidad.

Ese conocimiento de la realidad es lo que Carnelutti define como "fijación de los hechos".[7]

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Carnelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis con justicia y razón.

Es evidente que la línea doctrinaria apunta a confirmar que el "juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes", y conforme a ello, a la prueba no le interesa demostrar la verdad de los hechos controvertidos sino "determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos".

Localizada esta función en la dinámica de un proceso cualquiera, surge rápidamente una conclusión irritante. La fijación de los hechos supondría tanto como afirmar que la verdad del proceso sería aquella que el Juez establece y que luego constituye con la sentencia.[8]

---

7. En el lenguaje común – dice Carnelutti –, *prueba* se usa como *comprobación de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada [...] En rigor, pues, la *prueba* debe diferenciarse del *procedimiento empleado* para la verificación de la proposición (afirmada) [...] En este sentido, justo es reconocer que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban, sino que se conocen... Por eso, hay una obligación primera para el Juez: la *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley.*
8. Con agudeza había observado Sentís Melendo que la denominada *prueba legal* puede ser una institución distinta, pero nunca afirmar que sea ella *probatoria* propiamente dicho. Si el juez ha de dar a un elemento

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION743 743 4/10/2007 14:41:08

De manera que la diferencia entre los sistemas de adquisición probatoria pueden cambiar las reglas para la determinación de los hechos, alterando inmediatamente el curso racional de la verdad que se pretende encontrar. La prueba sería el medio para verificar una verdad transformada por la propia inestabilidad de las reglas jurídicas.

En la actualidad, y a pesar de las críticas que Carnelutti recibió, son muchos los autores que basan el objeto de la prueba en la determinación de los hechos. Una de las obras de Montero Aroca afirma que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a éstas la determinación de los elementos que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esa determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes. La posición se integra al sostener que, la prueba como actividad procesal, tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

3.3. La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial

Esta teoría no se detiene en saber si la verdad es o no un fin del proceso, porque se preocupa más en resolver la seguridad en el tramo final de la actividad probatoria. Se habla aquí de la importancia de "convencer probando", o de persuadir sobre la verdad de las afirmaciones (*confirmación*, en sentido lato). La finalidad de las partes sería, únicamente, lograr la convicción del Juez.[9]

---

del proceso, aunque aparezca como probatorio, un valor fijo, determinado, indiscutible, estaremos ante un fenómeno de construcción de la sentencia, de elaboración de la premisa menor del silogismo, pero no estaremos ante un fenómeno probatorio; podrá ser un *sucedáneo de prueba*, pero jamás una prueba; y si el juez puede contemplar los elementos probatorios sin sujeción a ninguna regla de lógica, entonces tampoco estaremos ante un fenómeno de valoración, sino de prescindencia de ella.

9. Jaime Guasp, inspirador – entre otros – de este tendencia, sostiene que la consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la naturaleza jurídica de esta institución.

Furno, criticando a Carnelutti, había dicho que si el Estado no tiene interés en que se planteen los juicios, y menos aun que la pacificación del conflicto se consiga a través del proceso, porque el interés superior está en que la desavenencia se elimine de modo y conforme al derecho, el Estado (y por el Estado, sus órganos), cuando la controversia se lleve ante la autoridad judicial, no tiene por qué conocer de la situación preprocesal de hecho sino en la parte que sea indispensable y suficiente para los fines de la decisión definitiva de fondo. Entra, pues, en juego un criterio elemental de economía, de aplicación universal: el principio del mínimo medio. Ahora bien, en la economía procesal, el medio está representado por la certidumbre histórica. El Juez necesita solamente la *cantidad suficiente* de certidumbre histórica que le permita descubrir la voluntad legal concreta aplicable al caso litigioso. Este concepto puede expresarse sintéticamente con la fórmula: *verdad suficiente.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION744 744 4/10/2007 14:41:08

La doctrina se puede dividir en dos direcciones: un camino indica que al juez se lo debe persuadir para que se convenza con la prueba arrimada; y otro, se conforma con alcanzar certeza suficiente en el ánimo del juzgador.

De todos modos ambos senderos van unidos, porque se encuentran al tiempo de la valoración. La sentencia que se obtenga determinará los derechos de las partes después de haber logrado suficiente convicción sobre ellos. Certeza sería igual a convicción.

La verdad queda relegada porque en la dinámica del proceso aparece como más trascendente la argumentación desarrollada, donde la versión de los hechos tiene como fin, persuadir al magistrado de las razones que se invocan y defienden. Es una cuestión retórica que, como dice Taruffo, agota completamente el campo del razonamiento jurídico.

En los hechos, la sentencia se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque ésta no sea cierta; pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantir la finalidad del proceso, y afianzar la seguridad jurídica.[10]

Adoptar esta teoría como útil a los fines de resolver la actividad probatoria amoldada a las reglas actuales del debido proceso, es por demás riesgoso.

Es cierto que las versiones deben relatar desde una perspectiva propia los hechos tal como sucedieron. Se puede ocultar lo desfavorable, pero no se puede cambiar la circunstancia para darle un significado apropiado a la pretensión propuesta. Con esta mirada, la versión traduce una parte de la verdad: aquella que conviene exponer.

Pero no se pueden eludir otros inconvenientes: uno es el *lenguaje jurídico*, que determina significados confusos al sentimiento y percepción del hombre común. Hay una dimensión del discurso que pone en la narración adaptaciones lingüistas propias del mundo jurídico (v.gr.: la exposición de una demanda afirma

10. En un contexto metodológico de este tipo –dice Taruffo-, que parte de una exasperada extensión aplicada al proceso, el problema del juicio de hecho en el proceso asume una formulación peculiar. El elemento más importante está representado por las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que los abogados presentan al Juez. Estas narraciones son las referidas a las formas, es decir, a la claridad, la coherencia, la completud, la concordancia con el sentido común. Esto se explica en la medida en que la finalidad de estas *stories* es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión. Por ello, los aspectos más relevantes del proceso son los referidos a las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando o condicionando su adhesión a una u otra *story.*

La razón por la que el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante en un contexto como éste es muy clara y se remonta a la característica peculiar de la retórica como arte de la persuasión.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION745 745 4/10/2007 14:41:08

hechos que pueden ser negados, produciendo una confusión entre la realidad y sus efectos. Si afirmo que conducía atento al tránsito y no obstante se produce una colisión entre automotores; el relato de quien sostenga la atención, podrá diferir respecto del que diga o sostenga la culpa, a pesar de referirse ambos al mismo hecho).

El segundo problema está en que *los medios* para llevar al Juez a que adopte una línea argumental, padece de las propias limitaciones del sistema, de manera que una sentencia puede sostener que no logró la convicción necesaria y rechazar la pretensión por falta de prueba; o aducir que los hechos probados no son esenciales ni trascendentes para persuadirlo sobre la verdad de lo afirmado; o bien, aceptar una versión y darla como probada sobre la base de ficciones procesales como la rebeldía, la convalidación de actos irregulares, la admisión tácita de traslados no contestados, etc. En suma, el realismo del proceso se difumina totalmente y hasta se podría sostener sin equívocos que, con esta línea, se consagra la imposibilidad de lograr del proceso conocimientos verdaderos.[11]

El tercer obstáculo se encuentra en las proyecciones de la *prueba legal*, en el sentido de producir razonamientos impuestos por aplicación de presunciones legales o judiciales que tiene suficiente fuerza prescriptiva para determinar una consecuencia de derecho (v.gr.: no se puede discutir sobre la paternidad del hijo habido en el matrimonio).

No obstante, no todo es desechable, porque la teoría sirve para dejar centrado que el objeto de la prueba son los hechos afirmados por las partes que resultando controvertidos en sus versiones, necesitan encontrar la verdad para aplicar a ella los efectos jurídicos correspondientes.

En este territorio, la relación entre prueba y verdad se confunde con el resultado. Mientras que, en la consideración de las reglas a establecer en la etapa probatoria, la verdad que nos interesa encontrar se posiciona como actividad oportuna de las partes y, ocasionalmente, del Juez.

Por eso, el método de debate no se discute, pero queda latente hasta donde las partes están compelidas a decir la verdad en sus narrativas, punto que veremos más adelante.

---

11. Ferrer Beltrán dice que puede ocurrir que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION746 746 4/10/2007 14:41:08

3.4. Síntesis de las tendencias

Si fuera posible recapitular cada tendencia, se podrán encontrar utilidades en ellas como despojos inmediatos. Es evidente que en todas persiste la confusión sobre el destino de la verdad; unos entienden que no tiene sentido buscarla cuando el proceso trabaja sobre versiones que, por la sistemática, se han de confirmar o descartar. Otros, aun afirmando la necesidad de laborar con verdades como un fin tuitivo de la justicia, aceptan que ella tiene explicaciones poco científicas, para culminar en sentencias que se justifican por la certidumbre alcanzada.[12]

Si nosotros pretendemos marcar hipótesis que orienten reglas en la etapa probatoria, solamente podremos referirnos a la actividad de las partes y a la función judicial, porque el problema de los medios se traza únicamente respecto a la disponibilidad (al no poder aplicarse las pruebas ilegítimamente adquiridas; o las viciadas por cuestiones conexas; etc.), y el aspecto de la valoración concilia mejor con el capítulo de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

De este modo, determinar si la verdad es un objetivo parece ineludible porque de ello dependen las reglas y principios a bosquejar para el debido proceso. Con distinto enfoque se podrá afirmar que, siendo el proceso en sí mismo un conjunto de reglas que disponen un método para el debate; como juego que es tiene fórmulas que parten de ser conocidas y aceptadas por las partes, de manera que cambiarlas por fines puristas, puede resultar un contrasentido y hasta inconstitucional por naturaleza.

Sin embargo, no es ésta última nuestra opinión.

Vamos a reconocer que el planteo dialéctico se presenta sinuoso al tolerar que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; también podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema (aporte de los hechos por las partes; congruencia del Juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con

12. Debe observarse – dice Taruffo – que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION747 747 4/10/2007 14:41:08

principios propios de la llamada prueba legal (v.gr.: las presunciones *juris et de jure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (v.gr.: cuestiones de estado, familia, laborales, etc.) podría comulgarse con la idea fuerza de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta también la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un fin del proceso. Simplemente con admitir o reconocer un hecho afirmado por la contraria, se evita la prueba, y se aplica un justificativo para la apreciación (darle un precio a ese acto voluntario) que tendrá en la sentencia.[13]

Superadas estas consignas sostenidas por paradigmas afianzados y sin rebatir, pareciera que luce cierta hipocresía en la lucha por conseguir la verdad, pero sin poner esfuerzo en la técnica para alcanzarla.

Quiero que el Juez haga justicia y determine la verdad de los hechos, siempre y cuando no hostigue con su pretensión las reglas inalterables del discurso y el método.

Ahora bien, ¿cómo imponer la verdad si el proceso comienza con retaceos provocados por la disponibilidad de los hechos? ¿porqué sostener que solamente algunos hechos deben probarse, si se pretende saber todo lo ocurrido, para poder dictar sobre ello una sentencia justa? ¿porqué establecer que el esfuerzo probatorio depende solo de quien afirma, cuando el debate necesita de coincidencias?.

Para todo ello es necesario encontrar respuestas previas a dos consignas:

1) ¿Existe un deber de decir verdad en el proceso?

2) Si existe, ¿cuáles son los hechos que se deben probar? Para saber en definitiva, cuál es la actividad que disponen partes y jueces, aplicando para el

13. En el fondo del planteo no deja de ser cierta la advertencia que formula Ferrer Beltrán, cuando dice que la distinción entre "ser verdadero" y "ser tenido por verdadero", permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que "existan" distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez respecto de la verdad de la proposición.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION748 748 4/10/2007 14:41:08

objetivo, principios y reglas que delimitan un nuevo sentido y encuadre al debido proceso.

4. LA VERDAD EN EL PROCESO, EN REALIDAD, ES LA VERDAD DE LOS HECHOS

Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, solamente ese proceder significaría actuar de buena fe; a *contrario sensu,* todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad.[14]

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que éste es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de ataque como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como una aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

4.1. Historia breve de la verdad en la prueba

En materia probatoria, la exigencia de decir verdad fue severa y en las fórmulas de juramento, se daban a conocer las consecuencias según la clase de personas y según fuera su religión o estado.

14. Según Furno, las cuestiones principales de este tema son dos: la primera se refiere a la "verdad"; la segunda al "deber". Decir la verdad. Bien. Pero ¿qué verdad?. Establecer un deber. Bien. Pero ¿qué deber? Ambas cuestiones se han presentado en la mente de numerosos escritores, y la rica literatura que sobre el tema se ha formado, rápida y recientemente, ofrece tal cosecha de observaciones que produce múltiples facetas.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION749 749 4/10/2007 14:41:08

La Ley XIX, título II, Partida 3, decía:

> Los cristianos así juraban: Vos me jurades, por Dios padre, que fizo el cielo e la tierra, e todas las otras cosas que en ellos son, e por Jesú Christo, su fijo, que nació de la Virgen Gloriosa Santa María, e por el Espíritu Santo, que son tres personas e un verdadero Dios, e por todos los Santos Evangelios que cuentan las palabras e los fechos de Nuestro Señor Jesú Christo diga que jura por aquella Cruz...

Los judíos debían prestarlo en la sinagoga poniendo la mano sobre la Tora

> [...] en que fazen la oración y esta forma: Juras tu Fulam judío, por aquel Dios que es todopoderoso sobre todos e que creo el cielo y la tierra e todas las otras cosas. E que dizo no jures por el mio nome en vano. E por aquel Dios que fizo Adam el primero ome, el le puso en el parayso e la mando que non comiese de aquella fruta, que el le vedó, e porque comio della, ben responder Juro e de si, devele decir, que si falta a la verdad – en nondice en aquella razón, lo que jura que vengan sobre él todas las llagas que vinieron sobre los de Egypto e todas las maldiciones de la Ley que son puestas contra los que desprecian los mandamentos de Dios. E todo esto deve responder de una vez, amen, sin refrecta ninguna así como diximos en la ley antes desta.

También las Leyes de Partida requerían que en la demanda se introdujera un párrafo que dijera: *"Juro lo necesario..."* por el que se entendía prestado el juramento de calumnia, aquí conocido como juramento de "mancuadra".

José de Vicente y Caravantes agrega que

> […] llamóse este juramento de calumnia, porque calumnia en las causas civiles no es otra cosa que vejar o molestar a otro con pleitos infundados o fraudulentos, y en los criminales, con la imputación de delitos supuestos, pues la palabra calumnia viene de calvendo o cavilando y significa fraude e inutilidad en los pleitos, como nota Cayo en la Ley si Calvitur, 233, al Princ. Dig. De V.S. llamóse en España juramento de la mancuadra, esto es, de la mano cuadrada por prestarse sobre cinco artículos; así como la mano que es cuadrada o acabada, dice la Ley 23, tít. II Part. 3, ha en sí cinco dedos.

La promesa versaba sobre cinco puntos:

1º) La creencia de encontrarse asistido de derecho;

2º) Que cada afirmación sería expresión concreta de verdad;

3º) Que no se utilizarían en el proceso falsas prueba ni excepciones maliciosas;

4º) Que no se valdría de actitudes de soborno, promesa o garantía hacia el juez para ganar el pleito;

5º) Que la demanda no perderá en términos maliciosos en perjuicio de su contrario.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION750 750 4/10/2007 14:41:09

La misma exigencia reposaba en el demandado, pero si éste se negaba a cumplirlo, se le daba por perdido el pleito.[15]

La Ley de Enjuiciamiento española nada dijo respecto de la obligación de decir verdad en el proceso; tampoco se refirió a la prestación de juramento como requisito introductorio a la instancia judicial.

Sin embargo, la práctica llevó a dejar subsistentes las disposiciones de las Leyes de Partidas, interpretación que puede afirmarse en la reformulación que se le da al juramento para ciertos actos jurídicos que debían cumplirse en el proceso.

Del mismo modo, como se mantuvo la costumbre de sostener la fórmula de prestar declaración en la prueba de confesión, el juramento, como medio de prueba tendiente a provocar la verdad real en el proceso, se consideró presente a pesar de la omisión legal.[16]

A fines del siglo XIX, el Código de Procedimiento Alemán (1877) regla un expreso deber de veracidad, que se incorpora al Código de Procedimientos Civil en octubre de 1933.

Por entonces, el Código Austriaco había llegado a convulsionar el ambiente de morigeración que iba ganando la época. El art. 178 dispone:

> Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones, con arreglo a la verdad; ofrecer los medios de prueba idóneos de sus alegaciones; pronunciarse con claridad sobre las observaciones y pruebas ofrecidas por el adversario; exponer los resultados de las pruebas recogidas y pronunciarse con claridad sobre las observaciones de su adversario".17

15. Agrega Caravantes, que podía solicitarse en el curso del proceso, respecto de un acto procesal específico, pero si las partes no pedían el juramento no se anulaba por su defecto en el proceso. Y en la práctica rara vez se pedía ni se prestaba con la solemnidad referida, entendiéndose hecho en virtud de la cláusula que se ponía en la demanda: juro lo necesario.
16. Couture, entiende que el origen de nuestros antecedentes está en la Real Cédula de Aranjuez, de 1794 que, al instituir el Tribunal de Consulado y dar las bases del procedimiento civil y comercial, consignó que era deber actuar en el proceso "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada". Agrega más adelante que, "cuando se inicia la codificación americana a mediados del siglo XIX, el legislador se encuentra con todos estos textos. Podría decirse que no existido una sola fuente de la codificación de nuestros países que se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir verdad. Pero se da aquí el fenómeno realmente curioso de que ni uno solo de los textos americanos que nos son familiares, ni tampoco los dos diplomas clásicos españoles de 1855 y de 1881, contienen un precepto que establezca expresamente el deber de decir verdad".
17. Grossmann sostiene que la influencia de esta disposición se hizo sentir en otros códigos europeos como el húngaro de 1911; los Códigos Cantonales Suizos; el yugoslavo de 1929; la nueva ley procesal polaca de 1930; el Código Procesal Soviético de 1923; etc.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION751 751 4/10/2007 14:41:09

La sanción del Código Italiano en 1940 ofreció una novedad revolucionaria. La figura inerte del Juez cobraba vida y fuerza propia para dirigir el proceso e investigar la verdad real procurando que las partes, en el debate de sus respectivas afirmaciones, conservaran el buen comportamiento y se respetaran sobre la base del principio de lealtad y probidad.

La moralidad procesal desplazaba el deber de veracidad o, al menos, no lo exigía como obligación.

Nuestro país, con la ley 14.237 y las dictadas sucesivamente siguieron esta tendencia, que es la que rige actualmente.

4.2. La obligación de decir verdad sin texto que obligue

Si la sola mención del deber de decir verdad no basta para lograr el objetivo, puede colegirse que se piensa más en la sanción que en lo preventivo, con lo cual la política procesal de moralidad se enfrenta con el corte inquisitivo que se consigue con las penas.

Sin embargo, parece razonable pensar que la deducción es muy estricta, sobre todo si la relacionamos con la consagración del deber de veracidad sin encontrarse expresamente dispuesto.

Veamos por qué.

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez se modificaba seriamente la función de éste si se le conservaban los principios represivos.

Si ahora el Juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental sólo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con artería,

---

Las instituciones nacionales, en cambio, mantuvieron los principios comentados en la ley de enjuiciamiento Civil española, si bien los Proyectos de Lascano y García tomaban partido sancionando el deber de veracidad como disposición a cumplir.

El proyecto del Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (1935), decía en el art. 25: "Es deber de las partes, sea que interpongan personalmente o por medio de mandatario o representante legal... 2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad". El Proyecto García, en su art. 14 dispuso: "Es deber de las partes, sea que intervengan personalmente o por medio de mandatario o representante legal... 2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION752 752 4/10/2007 14:41:09

dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: *el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad.*

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsanarse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptarían la mentira en el pleito.

Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas.[18]

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del proceso con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

18. Al respecto decía Carnelutti: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción...".

"El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la "*machinatio*" y, los franceses, a propósito de la estafa, la "*mise en scène*"

Ideas que reitera en su famoso estudio *"Contra el proceso fraudulento*", donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION753 753 4/10/2007 14:41:09

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir a que las partes deben decir la verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el Juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique los entendimientos de la verdad o de la mentira.

Un buen ejemplo de este funcionamiento se constata en el derecho inglés, donde bajo la denominación abstracta referente al *Contempt of court* previene el deber de veracidad, a través de la interpretación constante de sus instituciones, que ven una falta de respeto hacia el Juzgado.

4.3. Alcance del deber de veracidad

El material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones.[19]

La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo.

19. Con relación a los primeros – dice Peyrano –, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente. Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega – "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION754 754 4/10/2007 14:41:09

Por ejemplo, en los Códigos Alemán y Austriaco, la veracidad se requiere sólo con respecto a los hechos; mientras que los Ordenamientos Sueco, Ruso y Dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos.[20]

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad.

La argumentación equívoca tiene su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente, puede generar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales.

Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad – que a veces se constituye en un estado ideal- al código procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material.

En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al Juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

4.4. Sujetos obligados a decir verdad

En una dimensión diversa a la anterior, que se atiende desde un vértice objetivo, cabe responder en el plano del subjetivismo, ¿a quién se le exige acatar el deber de veracidad?

---

20. Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba.

Peyrano, entre los autores argentinos, coincide con estas apreciaciones, reservando en la alegación del derecho la preeminencia del principio *iura novit curia*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION755 755 4/10/2007 14:41:09

Casi de inmediato se respondería que: todo los sujetos del proceso, sean partes, terceros o representantes, están obligados a pronunciarse con veracidad.

Sin embargo, la respuesta sería ideal o, al menos, quedaría en una expresión de deseos.

Apreciando el problema con una visión puramente conceptual y teórica, no nos quedan dudas que el mentado "deber" *debe ser* plenamente satisfecho por todos quienes concurren al proceso.

Pero las calidades procesales no son las mismas; varían en los sujetos del proceso los deberes, obligaciones y cargas y, en estas correspondencias, el principio debe conjugarse.

Con los auxiliares de la justicia y con los que participan llamados a cumplir una carga de asistencia (testigos, peritos, intérpretes, etc.), el problema se resuelve sin hesitación alguna: su deber es de fidelidad al conocimiento obtenido, de modo que han de declarar con la plena verdad, esto es, sin ocultamientos ni reservas.[21]

A ellos les corresponde aplicar sin reparo alguno el ejemplo del juramento, para que "diga la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad". Pueden existir ciertas excepciones cuando existen justas causas de reserva como, si la declaración lo implica personalmente, corriese el riesgo de someterlo a proceso judicial, suponga una declaración contra sí mismo, o esté amparado por el secreto profesional.

Este tipo de colaboradores de la justicia tiene una *obligación* de asistencia y un *deber* de decir verdad.

Inversamente, las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (*fair play*) que les permiten reservas y ocultamientos.

---

21. Si varios declarantes afirman un mismo suceso que pasó por sus sentidos, ello permite atribuirles veracidad, máxime cuando aducen el acontecimiento esencial como directamente conocido. De ahí que la aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre porque, en definitiva, el juez está apoyado en la construcción jurídica de que los testigos no pueden mentir, tanto por existir una punición legal por falso testimonio (art. 275, Cód. Penal y 449, Cód. Procesal), la que les fue impuesta al declarar y al jurar decir la verdad (art. 440, Cód. Procesal), cuanto porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442, Cód. cit.), pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiere incurrir el testigo, o su falta de comprensión de los hechos (CNCiv., Sala C, abril 16/991, DJ, 1992-1-64).

Del juego de los arts. 163 y 280 del Cód. de Proced. en Materia Penal no puede deducirse un permiso al cónyuge para mentir en una declaración testimonial, sino que teniendo incólume el bien jurídico de la buena administración de justicia, se trata de que sus dichos veraces o su silencio no puedan en ningún caso ser valorados por el juez en contra del esposo. (Del voto en disidencia del doctor Cattani) (CNFed. Crim. Correc., Sala II, agosto 30/989, in re*: Dunayevich de Martínez,* Ana M, DJ, 1990-2-567).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION756 756 4/10/2007 14:41:09

A ellos no les exige decir verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidad.

No empece a ello ciertas pruebas del proceso civil que recuerdan institutos de consabida inutilidad. En este sentido la prueba de confesión pervive con una fórmula de juramento de decir verdad que tiene poco de cierto y mucho de ficción, operando verdaderamente como disuasorio de la mentira, en la sanción que produce la inasistencia o la no declaración.[22]

Las partes, en estos casos, respaldan sus convicciones en el proceso y sus obligaciones con la veracidad en compromisos con un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (v.gr.: si al contestar la demanda se responde dolosamente – con la intención de perjudicar los intereses del peticionante-, existirá responsabilidad objetiva – civil – por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presentan como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

Por una parte – dice Grossmann –, se ha sostenido que el deber de veracidad del abogado sería reducido en comparación con el de la parte, dado que su mandato lo obligaría a defender incondicional-mente los intereses de su representado. En el procedimiento existe solamente un derecho a la justa resolución no a la favorable decisión.

Conforme a eso, la tarea del representante profesional se debe limitar necesariamente al apoyo de la parte en la obtención de una sentencia justificada. Es

22. Couture lo explicaba como un estado de libertad donde se puede elegir entre la verdad y la mentira; la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el crepúsculo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógica y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION757 757 4/10/2007 14:41:10

cierto que no debe actuar en contra de los intereses de la parte. Pero cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad deberá rechazar el mandato, y cuando conociere esta situación posteriormente, renunciar al mandato ya aceptado. Del mismo modo tendrá que proceder cuando surgiere un serio conflicto entre su deber de discreción profesional y el deber de veracidad. Por otra parte sería erróneo opinar que el deber de veracidad del abogado sería más extenso que el del litigante interesado. A los dos les está impuesta la obligación de manifestarse en absoluta armonía con la verdad, así no hay caso para una ampliación del deber profesional. Por supuesto, este último está consagrado por las sanciones disciplinarias de los reglamentos profesionales, establecidos en la casi totalidad de leyes nacionales para infracciones al deber profesional. Pero la existencia de sanciones especiales, a veces en casos donde la contravención de la parte no trae aparejadas consecuencias nocivas, no se infiere de una ampliación del deber sino del hecho que las infracciones de letrados requieren un castigo austero en virtud del mantenimiento del honor y de la disciplina profesional. Llegamos por tanto a la conclusión que en su esencia el deber de veracidad de las partes, sus letrados y otros representantes es absolutamente idéntico.

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterara el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones.[23]

BIBLIOGRAFÍA

CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.

_____. *Sistema de derecho procesal civil,* traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.

CAPPELLETI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil,* editorial Ejea, Buenos Aires, 1972.

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1979 (tomo III).

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial,* editorial ABC 5. ed., dos volúmenes, Bogotá, 1995.

23. Es profunda la reflexión que medita Lega en este aspecto cuando afirma que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como una norma moral.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION758 758 4/10/2007 14:41:10

DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española,* tomo II, editorial Gaspar y Roig, Madrid, 1856.

FALCÓN, Enrique Manuel, *Tratado de la prueba,* editorial Astrea, dos volúmenes, Buenos Aires, 2003.

FURNO, Carlo, *Teoría de la prueba legal,* traducción de Sergio González Collado, editorial Obregón y Heredia, México, 1983.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho,* editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.

KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios,* editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo,* editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.

_____. *Derecho Procesal Constitucional – Corpus Data. Protección de Datos Personales,* editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.

_____. *Derecho Procesal Transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1992.

_____. *La conducta en el proceso,* editorial Platense, La Plata, 1988.

_____. *La prueba de confesión por el Estado,* en Rev. La Ley, 1984-D, 626

_____. *Temeridad y malicia en el proceso,* editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.

GROSSMANN, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles,* Jurisprudencia Argentina, 71 sección doctrina.

GUASP, Jaime, *Estudios jurídicos,* edición al cuidado de Pedro Aragoneses, editorial Cívitas, Madrid, 1996.

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil,* editorial Cívitas, Madrid, 1996.

PEYRANO, Jorge Walter, *El proceso civil,* editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

PICO I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil,* editorial Bosch, Barcelona, 1996

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto – Rodríguez, María Carolina, *Derecho probatorio,* editorial Ciencia y Derecho, 7 ed., Bogotá, 1997.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio,* editorial Ejea, Buenos Aires, 1990.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos,* editorial Trotta, Madrid, 2002.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION759 759 4/10/2007 14:41:10









CAPÍTULO XXIX

TWO MODELS OF ADJUDICATION[1]

Owen M. Fiss*

On a bright sunny morning in 1954, the Supreme Court of the United States handed down its decision in *Brown v. Board of Education*.[2] As a purely technical matter, the Court ruled unconstitutional the system by which students were assigned to school on a racially segregated basis. More fundamentally, it compelled the liquidation of a racial caste system that had scarred the United States for over two centuries and it placed the federal judiciary at the helm of this reconstructive endeavor. What emerged was a new form of adjudication – what I have called structural reform.

Adjudication is the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression in our daily lives. Structural reform partakes of this same public purpose, but recognizes that in contemporary society the threat to constitutional values is primarily posed not by individuals but by the operations of large-scale bureaucratic organizations. The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state.

This new mode of litigation is premised on the idea that the threat that bureaucratic organizations pose to constitutional values cannot be eliminated unless those organizations are reconstructed. For this reconstructive endeavor, the injunction – as opposed to the criminal prosecution or damages – became the favored remedy. The injunction was not, however, used as in times past to stop some discrete act, but rather became the medium by which the judge directed the reconstruction of an ongoing bureaucratic organization.

Structural reform is often contrasted with another model of adjudication – I call it dispute resolution – that has long dominated the literature and is often used

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Yale - Estados Unidos.

1. With special thanks to Peter Harrell and Stephen Kerr for their research and editorial assistance.
2. 347 U.S. 483 (1954).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION761 761 4/10/2007 14:41:10

as the standard for judging the legitimacy of all forms of adjudication. Structural reform had its heyday in the 1960s and the early 1970s, but, starting in the mid 1970s, scholars, politicians, and judges committed to the market and to social theories of laissez faire have overseen a resurgence of the dispute resolution model.

Much like classical liberalism, the dispute resolution model is associated with a story set in the state of nature. Two neighbors living side by side each claim a single piece of property. They discuss their claims, reach an impasse, and then turn to a third party – a stranger – to resolve this dispute. Courts are seen as the institutionalization of this stranger, and adjudication the process through which the stranger exercises his power. Although the story is not used as an argument for the primacy of dispute resolution, it reflects the premises underlying that model and that are put into issue by structural reform.

First, the world of dispute resolution is sociologically impoverished. It is composed entirely of the individuals. It has no room for the sociological entities that play a pervasive role in contemporary society. Social groups like inmates of a prison, patients in a hospital, or a racial minority do not appear in the dispute resolution story. Nor does dispute resolution acknowledge the existence of bureaucratic institutions such as the public school system, the prison, the mental hospital, or the housing authority.

The party structure of the dispute resolution model reflects this individualist bias: one neighbor is pitted against another while the judge stands between them as a passive umpire. The structural lawsuit defies this triadic form. Power is still vested in the judge, but he confronts not two but a multiplicity of parties, and, because the social groups and bureaucratic organizations involved in the litigation are likely to be internally divided, the binary antagonism of dispute resolution collapses. For example, a prison administrator may find himself siding with prisoners challenging inhumane treatment resulting from decades of public neglect of the prison system. Civic groups, meanwhile, can file amicus briefs introducing important outside views. In the structural lawsuit, we find an array of competing interests and perspectives organized around a number of different issues.

Second, dispute resolution, like the market, privatizes all values. In the hypothetical state of nature, there are no public values, only the private desires of individuals – in this instance, the desire for property. The dispute resolution story postulates that the stranger turned into the judge settles the dispute between the two neighbors but it does not reveal how the dispute is to be resolved, only that it is resolved. According to this scheme, the judge could even settle the dispute by flipping a coin. The public value served by the judiciary need only be the

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION762 762 4/10/2007 14:41:10

minimal one of avoiding violence through the use of a settlement mechanism. The judge may resolve the dispute according to any set of rules that would in the future minimize disputes and maximize the satisfaction of private ends.

Structural litigation does not begin with this indifference to public values. Rather, it proceeds with a constitution that not only establishes the structure of government, but also identifies values or ideas that are to govern the operation of the state. Equality was the centerpiece of structural reform in the United States during 1960s, but it had only representational significance. It stood for all those values that defined American society and gave it its identity and coherence – liberty, no cruel and unusual punishment, due process, privacy, freedom of speech. These values constitute the core of our public morality and they – not the private desires of the two neighbors – serve as the substantive foundation of structural litigation. The social function of the structural suit is not to resolve private disputes but rather give concrete meaning and expression to our public morality within the context of the bureaucratic state.

A third supposition of the dispute resolution story is that without the intervention of courts or the state, society is in a condition of natural harmony. As suggested by the concept of the dispute itself, the story assumes that the subject of adjudication is an abnormal event that disrupts an otherwise satisfactory world. It presumes that the function of adjudication is to restore the status quo.

The structural suit denies the assumption that the status quo is just. It is instead premised on skepticism about the distribution of power and privilege in American society. Accordingly, the requirements for initiating a structural suit were lowered. Pleading requirements are simplified; the plaintiff need only give notice of the claim in his complaint and may then rely on discovery mechanisms to uncover the facts needed to sustain his claim. In part because the lawsuit seeks to vindicate constitutional rather than private interests, and also because of doubts surrounding the justness of the status quo, plaintiffs in the early structural suits were not required to show substantial personal injury, although the current standing doctrine that emerged in the 1990s has imposed some limits on access to the courts.[3] The plaintiff was seen as a private attorney general. In this way, structural litigation gave great vitality and prominence to the class action,[4] which later became used with great frequency in suits seeking damages for wrongs to consumers and the environment.

3. *Compare* Newman v. Piggie Park Enterprises, 390 U.S. 400 (1968), *with* Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992).
4. *See* Owen M. Fiss, The Political Theory of the Class Action, *in: The Law As It Could Be* 122 (2003).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION763 763 4/10/2007 14:41:10

Doubts about the justice of the status quo are also reflected in the nature of the remedial process. The goal of the structural remedy is not to set things back to normal – to reestablish the world that existed before the dispute erupted – but rather to construct a new social reality: a unitary, non racial school system or a prison operated on a civilized basis. The structural remedy seeks to transform the world and the supervision of the court may have to last almost as long as the social reality it is creating.

Finally, the dispute resolution model isolates the judiciary – obscuring the fact that the judiciary is an integral part of government – and thus fails to reflect the reality of the modern state. The quarreling neighbors ask the stranger, any stranger, to resolve the dispute. This mythical account of the process by which courts are created implies that courts can be understood as apart from the larger system of government. It also implies, once again mistakenly, that the legitimacy of courts is derived from the consent of the citizens in an institutional specific sense. Professor Lon Fuller, for example, tried to found the legitimacy of adjudication on the right of participation in the lawsuit.[5] The neighbors agree to take their dispute to the stranger and to abide by its outcome.

In my view, courts should not be viewed in isolation but as a coordinate branch of government that is an integral part of the larger political system. Democracy commits us to public consent as the foundation of legitimacy, but the public does not consent to each individual governmental institution. Rather, it consents to the system of governance as a whole.

As a consequence, the democratic legitimacy of any institution within the system does not depend on the consent of the individual subject but rather on the competence of that institution to discharge its function within the larger political system. In America, the legitimacy of the courts and the power they exercise in structural reform depends on the unique competence of the judiciary to give concrete meaning and expression to our public values.

In speaking of this competency, it is not at all necessary to ascribe to judges the wisdom of philosopher kings. What is remarkable about American judges is how ordinary they are. They are not fundamentally distinguishable in character or ability from political leaders or the captains of industry. The capacity, or the competence, of judges to give meaning to public values – to decide, for example, that the school system contradicts the ideal of racial equality or that the Texas prisons are operated in a way that avoids cruel and unusual punishment – turns

5. Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication,* 92 HARV. L. REV. 353 (1978).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION764 764 4/10/2007 14:41:11

not on some personal moral expertise of the individuals who are judges but rather on the judicial process itself.

This process requires that judges listen to grievances that they might otherwise prefer to ignore. Judges must hear from a wide range of interests, and must try their cases in open court. Judges must also try to justify their decision on the basis of publicly accepted principle. They must remain independent of the desires of the litigants and the body politic.

The judiciary's competence and its democratic legitimacy depends on adherence to these strictures of public reason, not on the willingness of citizens to consent to particular outcomes or the citizens' capacity to appoint or remove the individuals who hold the office. Public consent is required to legitimate the political system of which the judiciary is an integral part, and the capacity of the people to respond to judicial decisions through legislation and through constitutional amendments preserves the consensual character of the system as a whole. Constitutional amendments are difficult to enact, but all that is required to render the system democratic is that this is an option that we can use.

In a recent article in the Harvard Law Review, however, Charles Sabel and William Simon seek to construct an alternative democratic basis for the legitimacy of the structural injunction.[6] Their emphasis is not on public reason and the place of the judiciary in the larger public system, but rather on what they claim is a growing "experimentalist" trend in structural injunctions.

Sabel and Simon argue that, in particular since about 1990, courts have drafted decrees that emphasize provisional norms – goals that the parties are expected to achieve – and procedures for stakeholder participation. This process, Sabel and Simon suggest, leads to more flexible decrees that allow litigants to learn from both their own mistakes and the experiences of similar institutions elsewhere.[7]

This fluid feature of structural injunctions is of no particular concern to me and quite frankly is not new. Sabel and Simon emphasize structural litigation of the last 15 years but from its very beginnings in the 1960s, the judiciary fully recognized the provisional and fluid character of the orders it was entering. The jurisdiction of the courts trying to desegregate schools lasted for decades. During this time, the courts gained new insights into the operations of the school system

6. Charles F. Sabel & William H. Simon, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds,* 117 Harv. L. Rev. 1015 (2004).
7. *Id*. at 1019.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION765 765 4/10/2007 14:41:11

and the dynamics responsible for the threats these systems posed to the Constitution. When courts realized that that a particular injunctive provision was ineffective, or simply infeasible in light of the facts, the judiciary responded by issuing supplemental decrees modifying the earlier terms of the injunction, rather than contempt orders that would have punished defendants for non-compliance with the original injunction. The result was an almost endless series of judicial orders, some more specific than others, some more effective than others, but all open to further revision in light of new experience and knowledge.[8]

Another, and in my view more troubling aspect of the new experimentalism that Sabel and Simon proclaim arises not from the authors' emphasis upon the provisional and fluid nature of the structural remedy, but rather their attempts to ground the democratic legitimacy of the structural injunction on the fact that many modern structural decrees are not fully adjudicated. Instead, these "consent decrees" are based on terms that the parties agree to and then present to a judge for ratification. Sabel and Simon argue that the negotiated character of these decrees provides an opportunity for stakeholders to reach, among themselves, a new, satisfactory institutional arrangement. In particular, Sabel and Simon argue that involvement by the executive branch – very often the defendant in structural reform litigation – in negotiating reforms triggered by the litigation enhances the legitimacy of the subsequent decree mandating that those reforms be implemented.[9]

I take issue with this strain of their work, in part, because it leaves structural decrees that are fully adjudicated more vulnerable to the democratic critique than negotiated ones. In my view, such a result puts the situation completely backward, for an adjudicated decree should have more legitimacy in both law and politics.[10] Moreover, although participation in the negotiation of a consent decree resembles the individual consent exalted by the dispute resolution model, and even market theory, it is a poor proxy for the kind of consent that is required by democratic theory. It is lawyer led, based on strategic considerations such as a lawyer's estimate of what kind of relief will the judge give and how much the case would cost to litigate, and, in the case of the executive branch, political calculations, and it will not involve all the persons affected by the decree. In the case of a school desegregation lawsuit, for example, any decree will necessarily leave out future generations of students and educators. Of course, many of these limitations on the quality of participation are also present in fully adjudicated

8. This process is described in Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction* (1978)
9. Sabel & Simon, *supra* note 6, at 1090-1100.
10. *See* Owen M. Fiss, Justice Chicago Style**,** *in: 1987 University of Chicago Legal Forum I.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION766 766 4/10/2007 14:41:11

decrees, but I do not claim that participation by litigants provides a basis for the democratic legitimacy of an adjudicated decree. Rather, the democratic legitimacy of the structural injunction derives from the unique competence of the judiciary, guided by the strictures of public reason, to give concrete meaning to our constitutional values.

Political developments in the United States, and perhaps elsewhere, have caused many to become skeptical of the power of public reason and its capacity to guide the judiciary to justice. But a historical perspective may be appropriate. When Brown was decided in 1954, the task of eradicating the racial caste system fell primarily on federal judges in the southern states of the United States. These men were all white, a good number of them were Republicans, and all of them came from the same type of elite background that characterized other Southern leaders. A few of the judges had held positions in government while others had worked as corporate lawyers. Many of these judges' early work was extremely disappointing – their decisions fell far short of justice. But black citizens kept returning to the courts and documenting their claims of injustice. The judges had to confront these claims time and time again and were forced to write opinions articulating a principled justification for their responses. Over the course of a decade, not in a week and not in a year, but over the course of a decade, the judicial process transformed these conservative people into heroes of a decidedly different type.[11] Is it unreasonable to expect that this process might one day recur?

11. *See* Jack Bass, *Unlikely Heroes* (1981).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION767 767 4/10/2007 14:41:11

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION768 768 4/10/2007 14:41:11

CAPÍTULO XXX

O PROCESSO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

Paula Costa e Silva*

1. Já há alguns anos e no contexto da elaboração de um estudo mais vasto sobre o acto postulativo[1] tivemos de dedicar atenção à matéria das situações jurídicas processuais. Uma vez para nós adquirido que o processo jamais pode ser qualificado, de um ponto de vista dogmaticamente sustentável nem como uma relação dinâmica – a relação pertence à categoria das situações pelo que não pode ser dinâmica assim como o facto não pode ser estáctico – havia que olhar as diversas situações jurídicas, que são desencadeadas pelos actos integrados no acto complexo "processo" – complexo atendendo à pluralidade ordenada de actos, tendentes à produção de um resultado final, que com aqueles se não confunde, que o compõem –, procurando qualificá-las. Esta tarefa implicava manter sempre bem claro o ponto de referência: o acto atomicamente considerado e não a macro-estrutura, constituída pelos princípios. Não sendo, da nossa perspectiva, nem o processo, nem os actos processsuais, seres agnósticos, mas antes entes carregados de valorações, a estrutura formal, que é o procedimento, está obviamente condicionada pelos princípios que informam o sistema em que aquela surge. Com este enquadramento, os princípios vão determinar a estrutura e os efeitos que os actos nela integrados desencadearão, efeitos que vão depender, nuns casos, apenas da existência física do acto, em outros, do respectivo conteúdo.

É com estes pressupostos que olharemos novamente para a matéria das situações jurídicas processuais. Com efeito, a ela fomos sempre regressando em virtude da leccionação deste ponto do programa na disciplina de Direito processual civil na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. As conclusões a que chegámos em 2002 mantêm-se ainda no seu essencial. Por esta razão decidimos publicar, com as alterações que o tempo sempre provoca, as conclusões a que então chegámos.

2. A partir do momento em que a doutrina reconheceu a existência de deveres processuais, é usual a afirmação de que podem encontrar-se três tipos ou categorias de situações adjectivas: direitos, ónus e deveres.

(*) Professora de Direito Processual Civil da Universidade de Lisboa.

1. Paula Costa e Silva, *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo,* Coimbra Editora, Coimbra 2003.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION769 769 4/10/2007 14:41:11

Vários são, porém, os pontos complexos que a categoria da situação processual suscita na teoria geral do processo.

Um primeiro respeita à possibilidade de identificação efectiva daqueles três tipos de situações jurídicas processuais, nas quais os diversos sujeitos adjectivos irão sendo investidos no decorrer da acção.

Um segundo refere-se à avaliação da possibilidade de integração de todas estas situações numa situação jurídica única.

Apenas uma análise destes dois pontos permite concluir acerca da existência de situações jurídicas processuais relativas, o mesmo é dizer, acerca da possibilidade de identificar relações jurídicas processuais.

Antes de prosseguirmos, uma advertência. Quando afirmamos que há que saber se é possível localizar situações jurídicas adjectivas relativas não está em causa a qualificação do processo através deste termo. Como dissemos logo na abertura desta intervenção, o processo não é uma relação; pode, quando muito, determinar a constituição de situações jurídicas relativas. E é destas que falaremos.

3. No que respeita à qualificação das diferentes situações, dois são os problemas que se levantam.

Em primeiro lugar, haverá que compreender como se articulam os chamados direitos processuais com os ónus processuais. Será efectivamente possível identificar direitos que teriam autonomia relativamente aos ónus?

Em segundo lugar, no que aos deveres se refere, haverá, uma vez justificada a qualificação, que compreender qual é a estrutura destas situações jurídicas passivas. Serão deveres absolutos? Serão deveres relativos?

4. Se observarmos as diferentes situações em que a parte vai sendo investida ao longo do processo podemos dizer:

– Que os meios conferidos à parte vão dependendo, umas vezes, do conteúdo concreto do facto de cuja verificação depende a atribuição desses meios e dos resultados que vão sendo obtidos ao longo do processo;

– Que a parte é dotada de meios, cuja actuação lhe permite influenciar a decisão;

– Que a actuação dos meios pela parte é facultativa e não imposta pelo sistema;

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION770 770 4/10/2007 14:41:12

– Que quando a parte não actua os meios que lhe são conferidos se vê confrontada com consequências desvantajosos;

– Que nem todos os modos de actuação processual se podem qualificar como conformes aos padrões estabelecidos pelo sistema;

– Que da parte são exigidas algumas actuações.

5. Numa primeira impressão, da anterior descrição pareceria resultar que as partes vão sendo investidas em faculdades ou poderes processuais, mas que também lhes são impostos ónus e deveres.

Também ainda numa primeira aproximação, detecta-se imediatamente uma distinção entre, por um lado, as faculdades e os ónus, e, por outro, os deveres processuais. Enquanto aqueles se apresentam como efémeros, estes impendem sobre os sujeitos adjectivos ao longo de todo o processo. As faculdades e os ónus processuais têm existência breve no processo, constituem-se num dado momento, para imediatamente se extinguirem. E extinguem-se ou decorrido o prazo para a prática do acto adjectivo que legitimam ou praticado o acto que legitimam. Isto significa que estes dois tipos de situações, caso se possam autonomizar, têm uma função muito específica no processo. Elas são constituídas para permitirem o desenvolvimento de actividades conexas com a produção de um resultado final. Uma vez desenvolvida essa actividade ou ultrapassado o prazo a ela destinado, tais situações extinguem-se[2]. São situações a cuja constituição preside uma finalidade específica dentro do processo.

Saber se as situações jurídicas acima identificadas podem efectivamente reconduzir-se às categorias de direitos, ónus e deveres, dependerá, em concreto, do que por cada um destes termos se entender.

6. A primeira precisão que deve ser realizada respeita à qualificação da situação jurídica da parte, que é investida em meios.

Que tipo de situação temos? Poderemos dizer que tais situações processuais correspondem a verdadeiros direitos ou serão apenas poderes?

Numa primeira aproximação a qualquer uma destas situações, temos a percepção imediata de que estamos falando de posições jurídicas activas. O sujeito processual, ao qual a lei confere o direito de defesa, o direito à prova, o direito de audiência prévia, fica investido numa situação de vantagem.

2. Mário Ricca-Barberis, Due concetti infecondi: "negozio" e "rapporto" processuale, *Rivista di Diritto Processuale,* 1930, II, 191-197 (p. 196).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION771 771 4/10/2007 14:41:12

Mais do que isso, intui-se que a posição é conferida ao sujeito em seu benefício. A lei atribui meios de actuação ao sujeito processual para que ele possa influenciar o devir da acção. Mesmo que esteja também em causa uma boa administração da justiça através de uma diminuição da parcialidade do tribunal[3], o que está directamente implicado na concessão de dada faculdade a quem pratica o acto é a protecção de um interesse individual. Este seu interesse não é apenas tutelado reflexamente.

Acresce que as situações processuais em que o sujeito é investido não podem descrever-se como puros expedientes técnicos. Preside-lhes uma finalidade. Como vimos pretende-se que o sujeito possa influenciar o devir da acção, tentando moldar o conteúdo da decisão. As situações são conferidas para que o sujeito possa atingir determinado fim

Às características referidas acresce ainda a circunstância de o sujeito processual ter liberdade de actuar ou de não actuar. Ele não tem o dever de actuar. A falta de actuação não constitui um acto ilícito. A lei permite-lhe a actuação, não lhe a impõe.

7. De que tipo de situação jurídica activa poderemos estar a falar quando assim descrevemos os direitos processuais? De poderes ou de direitos subjectivos?

Os problemas de qualificação agudizam-se neste momento. Porque nenhum dos termos de classificação se pode considerar unívoco ou pacífico.

Estaria muito para além do âmbito do presente trabalho proceder a uma reponderação geral da figura do direito subjectivo e do poder. Por esta razão, partiremos, por ora, das noções que na Escola de Lisboa se sedimentaram na sequência do estudo de Gomes da Silva sobre o dever de prestar e o dever de indemnizar.

A distinção entre o poder e o direito subjectivo residirá na natureza meramente estrutural do poder por contraposição ao direito, que será uma realidade funcional[4].

O poder, situação jurídica simples[5], definido como "disponibilidade, para certa pessoa, de meios que a lei declara legítimos para alcançar determinado fim"[6], será um "simples instrumento de realização do direito ou do dever"[7]. Sendo

3. Karl Larenz, *Richtiges Recht.* Grundzüge einer Rechtsethik, C.H.Beck, München, 1979, p. 162.
4. Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., n. 21.IV.
5. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, Almedina, Coimbra, n. 51.II.
6. Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar,* Lisboa, 1943, p. 27. Aceitando a definição de Gomes da Silva, Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., n. 21.I; Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 51.II.
7. Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar,* p. 57.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION772 772 4/10/2007 14:41:12

uma situação simples, o poder não admite que se lhe retire nenhum elemento: não pode ser decomposto em outras situações ainda mais simples.

Menos pacífica é a noção de direito subjectivo. Para Gomes da Silva e Oliveira Ascensão, o direito subjectivo é "a afectação jurídica dum bem à realização dum ou mais fins de pessoas individualmente consideradas"[8]. Menezes Cordeiro parte desta noção, mas apresenta um conceito diverso de direito subjectivo, que define como "a permissão normativa específica de aproveitamento de um bem".[9]

Entre Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro foram trocados argumentos quanto às respectivas construções que nos situam bem os pontos de divergência das duas posições.

A crítica essencial que Menezes Cordeiro dirige à construção de Oliveira Ascensão resulta de este autor referir que o direito subjectivo supõe a afectação de meios jurídicos aos fins das pessoas. Menezes Cordeiro afirma que os meios jurídicos podem ser afectos ao sujeito sem que surja um direito subjectivo. Assim acontece sempre que a ordem jurídica confere um espaço de liberdade ao indivíduo titulado por permissões genéricas de actuação.

Repare-se que a crítica fundamental não se dirige à expressão "afectação de meios", mas à falta de concretização, que é essencial à distinção traçada entre permissões genéricas e direitos subjectivos ou, na terminologia de Menezes Cordeiro, permissões específicas. Porque as permissões genéricas (v.g. autonomia privada) também implicam a concessão de poderes ou, dito de outro modo, a afectação de meios ao sujeito, a noção de direito subjectivo apresentada por Oliveira Ascensão não traçaria a fronteira entre os poderes especificamente integrados numa posição concreta e os poderes decorrentes de permissões genéricas.

Por seu turno, Oliveira Ascensão critica a construção de Menezes Cordeiro porque a utilização da expressão "permissão normativa" aproximaria o direito subjectivo da esfera das normas, desviando-a da órbita das posições jurídicas. Mas o termo "permissão normativa" permite significar que o direito subjectivo concreto não se impõe, antes carece de reconhecimento heterónomo.

---

8. Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar,* p. 52. Aderindo ao conceito de Gomes da Silva, Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., ns. 22-25; *Teoria geral do direito civil,* I, n. 42, passagem em que, ao analisar a natureza do direito de personalidade, conclui pela respectiva recondução à categoria de direito subjectivo, uma vez que esta situação jurídica, por conferir meios ao seu titular, lhe atribui uma posição de vantagem, sendo ainda possível a identificação de um bem. Castro Mendes, *O direito de acção judicial,* p. 47 e passim.
9. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 47.V.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION773 773 4/10/2007 14:41:13

8. O direito subjectivo pressupõe, consequentemente, para qualquer uma das posições acima enunciadas, que seja juridicamente colocado um bem na disponibilidade do respectivo titular[10].

Numa primeira aproximação às situações processuais activas podemos afirmar que o sujeito que goza de um "direito" processual beneficia efectivamente de uma permissão normativa ou de uma vantagem, que ele actuará ou não. Há, consequentemente, uma autonomia ou liberdade de actuação[11], "nível significativo-ideológico"[12] do direito subjectivo, que permite contrapô-lo aos designados poderes-deveres[13].

Mas esta permissão ou vantagem traduz-se na concessão ao sujeito do poder de praticar determinados actos.

Não há aqui nenhuma actuação concreta sobre um bem.

Segundo Castro Mendes, porque o que está em causa no direito subjectivo não é a actuação sobre um bem, mas a afectação de um bem ao sujeito, o problema resolve-se quanto à qualificação do direito de acção como um direito subjectivo. Na verdade, ao sujeito processual é afecto um bem, que é constituído pelos serviços judiciais[14]. Mas esta adaptação do direito subjectivo para nele caber o direito de acção surge como estranha. O que é característico da actuação da parte, ao abrigo da permissão normativa em que se encontra investida, é o poder de praticar actos, que visam determinar o conteúdo da decisão. O conteúdo específico da posição em que o sujeito processual é encabeçado resolve-se numa série de poderes.

Menezes Cordeiro, partindo de uma definição de direito subjectivo que passa pelo aproveitamento de um bem, propõe uma outra saída para aquele problema.

Ao expor a matéria do direito potestativo[15], confronta-se com a dificuldade sentida pela doutrina quanto à identificação de um bem que seja aproveitado pelo beneficiário da permissão normativa específica.

---

10. Sobre a noção de bem na definição de direito subjectivo, Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, ns. 35.III e 36.I; *Tratado de direito civil,* I, II, n. 49; Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar,* p. 50-51.
11. Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., n. 23.II; Mota Pinto, *Teoria geral da relação jurídica,* n. 39.I; (4 ed., Mota Pinto/Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra 2005, n. 40).
12. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 43.II.
13. Mota Pinto, *Teoria geral da relação jurídica,* n. 39.I; Santi Romano, *Doveri. Obblighi,* p. 97 e segs.; Poteri. Potestà, p. 179.
14. O direito de acção judicial. Estudo de processo civil, *Revista da Faculdade de Direito,* Suplemento, Lisboa, 1959, p. 47 e seg..
15. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 48.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION774 774 4/10/2007 14:41:13

Com efeito, o que o direito potestativo apresenta de característico é o seu conteúdo ser composto por um poder. Não há um bem (como uma coisa ou uma prestação) que seja afecto ao sujeito e que se distinga do ou dos poderes, que sobre ele podem ser exercidos. O direito potestativo excute-se na possibilidade de actuação que, para além de prescindir de qualquer colaboração de outrem, dispensa uma coisa sobre a qual o poder se manifeste. Nesta situação jurídica, tudo se restringe na indução de uma alteração da realidade jurídica, pelo que ao sujeito apenas têm de ser afectos os meios que lhe permitam induzir essa alteração. Nisto se esgota a situação jurídica.

Não obstante esta diversidade, Menezes Cordeiro afirma[16] que o direito potestativo deve ser aproximado da categoria dos direitos subjectivos[17]. Ora, se o direito potestativo é uma espécie de direito subjectivo terá de reconduzir-se à definição genérica deste tipo de situação jurídica. O que significa que, também no direito potestativo, haverá que identificar um bem que seja afectado ao sujeito de modo a que dele possam ser extraídas as virtualidades que oferece.

E, neste momento, só resta uma de três alternativas. Ou se admite que há direitos subjectivos sem bem, ou se admite, revendo a posição anterior, que o direito potestativo não é um direito subjectivo ou se encontra uma forma de contornar os obstáculos suscitados pela integração do bem na noção de direito subjectivo.

Menezes Cordeiro escolhe o terceiro termo da alternativa. Porque no direito potestativo aquilo que se atribui ao sujeito é o poder de alterar a ordem preexistente, o bem que o autor identifica no direito potestativo é o próprio poder conferido ao titular[18]. Isto significa que admite (o que faz explicitamente) que o direito subjectivo possa ter como objecto uma realidade jurídica[19].

No entanto, não dá a questão por encerrada. Afirma que poderá pensar-se num último passo na evolução do conceito de direito subjectivo. Este poderia prescindir da inclusão da referência ao bem, objecto do aproveitamento[20]. O direito subjectivo seria, simplesmente, uma permissão normativa específica.

Esta proposta resultava já da construção de Oliveira Ascensão que, ao tratar a figura do direito potestativo, conclui que há direitos subjectivos em que não é

16. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 48.III.
17. Identicamente, Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., n. 24.II. Contra este entendimento, Santi Romano, Poteri. *Potestà, Frammmenti di un dizionario giuridico,* Milano, 1953, p. 173 e segs..
18. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 48.III.
19. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 49.I.
20. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 47.IX.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION775 775 4/10/2007 14:41:13

possível encontrar a afectação de um bem ao sujeito[21]. Exactamente por considerar que o poder não é um bem que se afecte ao titular de uma situação jurídica.

9. Os termos do problema estão demarcados. É justificada a dificuldade suscitada pela afirmação do direito subjectivo sem recurso ao conceito de bem. Em total concordância com a conclusão de Menezes Cordeiro, perde-se, efectivamente, o aspecto compreensivo desta posição jurídica ao reconduzi-la apenas a um dos seus elementos[22].

Mas os obstáculos criados pelo direito potestativo são efectivamente ponderosos. Com efeito, um dos pontos mais problemáticos da noção de direito subjectivo resulta da recondução dos direitos potestativos àquela figura. Os direitos subjectivos não potestativos e os direitos subjectivos potestativos apresentam-se como realidades distintas. Enquanto que numas conseguimos traçar uma clara fronteira entre o bem sobre o qual os poderes se exercem e os poderes que sobre o bem podem ser exercidos, na outra o bem e o poder sobrepõem-se. O objecto que se afecta ao sujeito não se distingue dos instrumentos que lhe são concedidos para aproveitar esse objecto.

Esta diversidade dos direitos não potestativos relativamente aos direitos potestativos vai ter consequências típicas sobre o conteúdo dessas situações jurídicas. Se o direito subjectivo não potestativo tende a ser uma situação complexa, o direito subjectivo potestativo tende a ser uma situação integrada por uma única faculdade: um poder potestativo.

Não temos solução para este problema. Não por rejeitarmos o "dever indeclinável de todo o universitário"[23] de repensar e aprofundar os vários termos propostos, mas por não termos a possibilidade de apresentar uma solução. O conceito de direito subjectivo, de raiz doutrinária, pressupõe a consideração de dados históricos, que permitirão encontrar o fundamento para as diversas construções que foram sendo avançadas. Mas estes dados históricos apenas se poderão compreender se se considerarem as opções políticas e filosóficas de cada um dos autores que procedeu à reconstrução daquele conceito, bem como os fins que através de cada uma das construções se visava alcançar. O direito subjectivo, enquanto conceito jurídico, revelou-se uma arma poderosa na interpretação e na conformação dos sistemas jurídicos, permitindo a degradação da pessoa, porque não pertencente a determinada categoria social[24].

---

21. *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., n. 24.III.
22. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 47.IX.
23. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, p. 170.
24. Paradigmática do que vimos dizendo é a construção elaborada por Larenz, toda ela instrumentalizada para permitir a exclusão de indivíduos não pertencentes à raça ariana da possibilidade de agirem de modo

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION776 776 4/10/2007 14:41:14

Alguns dados podemos ter como pressupostos na construção da figura do direito subjectivo.

Em primeiro lugar, o direito subjectivo respeita a uma posição concreta do sujeito. É a respectiva investidura numa situação específica que o distingue dos demais.

Em segundo lugar, e quanto ao respectivo exercício, o direito subjectivo inscreve-se necessariamente numa esfera de livre actuação. Perante o reconhecimento de determinada esfera de livre actuação, o sujeito actua se quiser. A actuação do sujeito é exercício fundado em livre arbítrio.

Em terceiro lugar, o direito subjectivo será um instrumento jurídico que deve ser colocado ao serviço da consideração do sujeito de direito enquanto pessoa.

Em quarto lugar, esta situação deverá comportar todos os instrumentos necessários ao seu exercício pleno.

Mais complexa é a determinação do fundamento que deve presidir à afirmação da esfera de liberdade, representada pelo direito subjectivo. O direito subjectivo, enquanto instrumento colocado na disposição do indivíduo, deve decorrer em linha directa da dignidade deste indivíduo como pessoa ou deverá, ao invés, depender de um concreto reconhecimento pela ordem jurídica?

Poderíamos ensaiar uma aproximação ao conceito de direito subjectivo. Diríamos que o direito subjectivo seria a permissão normativa específica de aproveitamento de meios. Teríamos substituído o bem pelo meio. Desapareceria a dificuldade, desde logo semântica, que o direito potestativo, concebido como direito subjectivo, representa.

10. As considerações anteriores permitir-nos-ão avançar alguma coisa na qualificação dos designados direitos processuais.

Vimos que o poder é uma situação simples. Ao invés, o direito subjectivo tende a ser uma posição complexa. Normalmente é integrado por situações jurídicas mais simples, umas activas e outras passivas.

As situações processuais que vimos analisando são situações simples. Não é possível retirar-lhes um qualquer elemento, sob pena de descaracterização total. O "direito" de apresentar contestação ou de produzir prova é só isso mesmo, não sendo possível desdobrá-lo em outras situações mais simples.

---

autónomo e juridicamente relevante. Cfr. *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegrisse,* Junker und Dünnhaupt Verlag, Berlin, 1935.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION777 777 4/10/2007 14:41:14

Por outro lado, estas situações só têm razão de ser em circunstâncias muito particulares e não têm sentido se considerados isoladamente. Queremos com isto dizer que aquilo que se pretende não é conferir simplesmente um direito ao sujeito para que ele tenha a possibilidade de apresentar prova, de deduzir contestação, de ser ouvido sobre matéria relativamente à qual não tenha exercido ainda o contraditório. Todas estas situações são instrumentais de uma outra realidade que transcende cada uma delas: a de o sujeito poder influenciar, de modo efectivo, o resultado final.

A circunstância de as diferentes situações, em que o sujeito processual vai sendo investido ao longo do processo, se integrarem numa situação mais vasta, bem como a respectiva simplicidade estrutural permite-nos concluir que estas situações não são verdadeiros direitos subjectivos, mas sim meros poderes.

Os poderes processuais aproximam-se dos poderes potestativos.

Na verdade, o efeito típico do poder potestativo traduz-se na alteração da ordem preexistente através de uma actuação voluntária do sujeito[25]. Algo de idêntico ocorre quando se exerce um poder processual. Neste caso, a parte tem o poder de actuar, com isto provocando a necessidade de o tribunal tomar o acto praticado em consideração. Mas só neste sentido se pode falar de uma potesta da parte[26], porquanto desta actuação não resulta uma alteração automática da situação substancial preexistente[27]. A parte que apresenta prova quer, em última instância, que os factos sejam considerados provados. Mas não basta o exercício do poder processual para que os factos se considerem efectivamente provados.

11. Qualificadas as situações jurídicas activas, analiticamente observadas, como meros poderes e não como direitos subjectivos, cumpre responder à

25. Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica,* Almedina, Coimbra, 1960, I, p. 12 e segs.; Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 48.II; Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil,* II, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001, n. 656; Antunes Varela, *Noções fundamentais de direito civil,* I, Coimbra Editora, Coimbra, 1945, p. 2, nota 1.

26. Neste sentido, Santi Romano, *Poteri. Potestà,* p. 178 e segs., local em que, ao classificar os diversos poderes, contrapõe os poderes que têm efeitos inovadores aos poderes que visam fazer valer, realizar, conservar ou tutelar estados jurídicos preexistentes sem os novar ou modificar. Exemplifica este segundo tipo de poderes com os poderes jurisdicionais tendentes a obter, mediante a formulação de pedidos ou a dedução de impugnação contra decisões judiciais, protecção jurídica de uma autoridade competente.

27. Santi Romano, *Poteri. Potestà,* p. 179 refere que há poderes que por vezes têm efeitos inovadores, não os tendo em outras ocasiões. Nesta categoria integra os poderes processuais afirmando que estes têm efeitos inovadores se a acção é julgada procedente, não tendo tais efeitos quando a acção seja julgada improcedente. Não podemos subscrever esta posição de qualificação do poder processual eventum litis. Com efeito, quando nos perguntamos quais são os efeitos do poder processual não podemos ter como ponto de referência a decisão mas as consequências directamente decorrentes do exercício do próprio poder. Ora, o exercício de um poder processual tem sempre uma consequência imediata sobre o processo, impondo ao tribunal o dever de apreciar o acto praticado. Isto significa que do exercício do poder processual resulta sempre um efeito inovador: a demanda do poder jurisdicional relativamente ao acto praticado.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION778 778 4/10/2007 14:41:14

interrogação acima enunciada e que respeita à possbilidade de autonomizar estas situações dos ónus processuais.

Partamos de uma observação.

Curiosamente, os designados "direitos" e os ónus aparecem-nos "aos pares". Quando surge uma situação activa, normalmente qualificada pela doutrina como um direito, surge também um ónus.

É usual a afirmação de que o réu tem, ao abrigo do princípio do contraditório, o direito de apresentar contestação. A asserção é fundada na circunstância de, não sendo conferido momento à parte para que ela pratique aquele acto, se verificar uma nulidade processual secundária ou inominada.

Mas, em simultâneo, dir-se-á que o réu tem o ónus de contestar. Com efeito, se não apresentar contestação, dar-se-ão como provados os factos alegados pelo autor.

Do mesmo modo se dirá que as partes têm direito à prova e que as partes têm o ónus da prova. O direito à prova seria um corolário do direito de acção[28] ou uma garantia do processo justo[29]. O ónus da prova resultaria da necessidade de desenvolvimento de uma actividade demonstrativa da fundamentação das pretensões[30].

Esta circunstância impõe que se pergunte se, afinal, as situações jurídicas acima identificadas não vêm a corresponder à posição activa integrada no ónus que, por natureza, é uma figura híbrida.

A parte teria o poder de actuar, sob pena de, não actuando, sofrer consequências desvantajosas. Os designados direitos a contraditar ou a provar mais não seriam do que os poderes conferidos à parte e que ela teria de actuar, sob pena de se ver confrontada com uma situação desfavorável. O sujeito processual deveria actuar um poder para alterar a ponderação prévia de interesses operada pela ordem jurídica que, na resolução de um conflito de interesses e se bem que não se sentisse, de antemão, obrigada a dar prevalência a um sobre o outro, se inclinaria para a concessão do predomínio a um deles, juízo afinal reversível caso o sujeito "exercit(e) um determinado poder, que para o efeito lhe é conferido".[31]

---

28. Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil,* Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 98 e segs.
29. *Estudos sobre o novo processo civil,* Lex, Lisboa, 1997, p. 56.
30. Sobre o significado do ónus da produção de prova e para uma demonstração da respectiva não vigência no nosso sistema, apesar da disponibilidade objectiva, mas por causa do princípio da aquisição processual, Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova,* Lex, Lisboa, 2000, p. 19 e segs.
31. Erhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito,* Coimbra, 1955, p. 31.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION779 779 4/10/2007 14:41:14

No sentido da integração destes poderes no ónus se pronuncia Teixeira de Sousa[32]. E esta integração apresenta-se-nos como inquestionável. Com efeito, os poderes que são conferidos à parte ao longo do processo não são meios colocados à disposição do sujeito, cuja liberdade de actuação seja total. Menezes Cordeiro chega a afirmar que o ónus processual se traduz em deveres[33]. Talvez não possa ir-se tão longe, pois que o sujeito pode actuar ou não actuar[34] consoante queira, não praticando um acto ilícito se não actuar[35]. Mas é perfeitamente compreensível a ideia que se pretende transmitir: o sujeito tem de actuar no processo sob pena de se ver confrontado com consequências definitivas e altamente prejudiciais.

Na verdade, se bem que se possa dizer que o sujeito processual é livre de actuar ou de não actuar, esta liberdade está fortemente condicionada no seu exercício pela adesão de consequências negativas à não actuação. Mas, uma vez mais, há que chamar a atenção para a natureza do processo, relembrando a construção peculiar de Goldschmidt: o incumprimento do ónus só tem relevância se a situação processual permitir a identificação de uma desvantagem. O efeito negativo decorrente, por exemplo, da não impugnação pelo réu dos factos articulados pelo autor resume-se à admissão desses factos por acordo. Mas, se os factos admitidos forem totalmente inadequados para a produção do efeito final pretendido pelo autor, o réu não sofrerá qualquer desvantagem real decorrente da não impugnação. Impugnando ou não, o resultado do processo deverá ser idêntico.

A situação do sujeito processual poderia caracterizar-se como uma espécie de ónus autónomo[36]. Ele seria investido numa situação activa "em contrapartida"[37] de um sacrifício[38].

Em que situação de vantagem se poderia dizer investida a parte processual que aceita o sacrifício, por exemplo, de contestar ou de provar?

---

32. Assim, Teixeira de Sousa, *Introdução ao processo civil,* 2ª, Lex, Lisboa, 2000, p. 71 e seg.
33. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 58.III.
34. Perante esta liberdade de actuação característica do ónus, *Castro Mendes Direito de acção judicial,* p. 58 e segs. e *Do conceito de prova em processo civil,* Lisboa, 1961, p. 439, conclui que o ónus implica dois direitos: o de actuar e o de não actuar.

    Se esta representação tem a vantagem de afastar claramente o ónus ou, mais correctamente, o comportamento devido e integrado no ónus, do dever, tem a desvantagem de permitir a configuração de todas as situações activas como situações duplas. Pois que se, em todas elas, o sujeito goza de uma esfera de livre actuação, em todas elas se pode dizer que são compostas por dois direitos ou faculdades: o de actuar e o de não actuar.
35. Lent, *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten,* ZZP 67, 344-356 (p. 350 e seg.).
36. Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV, título V, n. 27.II.
37. Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV, título V. As situações jurídicas, p. 113.
38. Sobre esta modalidade de ónus, por último, Januário Gomes, *Assunção fidejussória de dívida,* Almedina, Coimbra 2000, p. 1196 e segs. O autor afirma expressamente que a circunstância de a noção substantiva de ónus não coincidir com a noção processual de ónus não é motivo de preocupação, sem prejuízo de ambas as figuras apresentarem "uma matriz comum". Ob. cit., p. 1198, nota 543.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION780 780 4/10/2007 14:41:15

Pareceria que em nenhuma. Mas não é assim. A parte que apresenta contestação ou prova tem a possibilidade de impugnar a decisão que não tomou em consideração a contestação ou a prova apresentadas. O que significa que, uma vez praticado o acto, a parte fica investida no direito de este ser tomado em consideração, de sobre ele ser exercido o poder jurisdicional. Mesmo que seja para se chegar à conclusão que o acto é totalmente irrelevante.

É, assim, possível identificar uma contraparte neste tipo de ónus. A parte que actua processualmente fica investida numa situação jurídica que se dirige contra o tribunal.

12. Se as situações jurídicas activas até aqui identificadas, que qualificámos como poderes, se integram nos ónus processuais, deverá concluir-se que o processo não conhece outras situações jurídicas activas? Não haverá direitos processuais, nos quais as partes sejam investidas?

Umas das alternativas de resposta a esta questão consiste em entender que a parte é investida em direitos sempre que a contraparte ou o tribunal sejam investidos em deveres. Porém, ainda não conhecemos a estrutura dos deveres processuais, pelo que não sabemos se são situações jurídicas absolutas ou relativas. Nesta medida, não podemos afirmar que haja direitos porque há deveres.

A outra alternativa consiste em afirmar a existência de direitos sempre que estes decorram dos princípios que informam o processo. Num processo com contraditório, a parte terá direito de resposta. Num processo que evita as decisões surpresa, a parte terá direito de audiência.

O que sabemos quanto ao regime destas situações?

Sabemos que elas surgem associadas a circunstâncias específicas. O direito de audiência prévia pressupõe que o tribunal se veja confrontado, segundo o art. 3/3 do CPC, com a necessidade de decidir questões de direito ou de facto sem que as partes tenham tido oportunidade de sobre elas se pronunciarem.

Em segundo lugar, sabemos que a investidura da parte nestas situações jurídicas depende de uma opção política do legislador quanto ao modelo processual que escolhe. Por isso é usual referi-las em ligação com as garantias de um processo justo. No que se refere nomeadamento ao direito de audiência prévia, é situação jurídica não prevista antes da reforma de 95/96.

Em terceiro lugar, sabemos que estas situações jurídicas visam investir a parte em poderes de actuação. Perante a dedução de uma pretensão, a parte tem o poder de sobre ela se pronunciar; na eminência do proferimento de uma decisão,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION781 781 4/10/2007 14:41:15

que constituiria uma surpresa para as partes, é-lhes conferido o poder de tomar posição sobre a decisão que o tribunal visa proferir.

Em quarto lugar, sabemos que a violação destas situações não é inconsequente. Se à parte não for concedida a oportunidade de se pronunciar sobre uma questão nova, quer porque é deduzida nova pretensão, quer porque o tribunal entende ser possível proferir uma decisão-surpresa, verifica-se um vício formal no procedimento, que abrirá a porta a uma involução da cadeia.

Em quinto lugar sabemos que todas estas situações jurídicas estão ordenadas a uma finalidade última: permitir um adequado exercício do direito de acção. Estas situações vão inscrever-se numa situação jurídica que as transcende e cujo conteúdo comporta tudo quanto seja necessário ao gozo pleno da esfera de liberdade que essa situação representa.

Assim, estas situações jurídicas em que a parte vai sendo investida ao longo do processo, caso ocorram circunstâncias que tornem estes meios de intervenção necessários, devem inscrever-se, não na categoria dos direitos subjectivos, mas antes na dos poderes ou faculdades.

13. No processo não encontramos apenas situações activas e ónus. É ainda possível identificar situações jurídicas passivas, normalmente identificadas com a categoria dos deveres.

No nosso ordenamento encontramos expressamente referidos os deveres de cooperação, de boa fé processual e de recíproca correcção.

De acordo com o art. 266/1, na condução e intervenção no processo devem os intervenientes processuais cooperar entre si[39]. Adiante teremos de retomar esta disposição para sobre ela tomarmos uma decisão definitiva quanto à sua natureza última (princípio ou regra) e quanto ao respectivo conteúdo[40].

No art. 266-B/1 afirma-se que todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correcção. Entre advogados e magistrados as relações pautar-se-ão por um dever de urbanidade.

---

39. Sobre o princípio da cooperação intersubjectiva, Lebre de Freitas, Introdução ao processo civil, p. 149 e segs.; Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil,* sub art. 266, lugar em que o autor refere ter o princípio sub iudice duas vertentes: a da cooperação das partes com o tribunal e a cooperação do tribunal com as partes, não referindo qualquer dever de cooperação das partes entre si; Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil,* p. 62 e segs..

    O dever de cooperação estende-se à acção executiva. Aqui, atinge particularmente o executado, pois que é ele quem, na maioria das vezes, dispõe das informações relevantes para que o direito do exequente seja efectivamente satisfeito. Neste sentido, vide o art. 837-A/2 do CPC.

40. Paula Costa e Silva, *Acto e processo,* § 24.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION782 782 4/10/2007 14:41:15

Segundo o art. 266/3, as partes e os seus mandatários são obrigados a comparecer sempre que para isso sejam notificados, bem como a prestar esclarecimentos que lhes sejam pedidos.[41]

Em ligação estreita com o dever de cooperação previsto no art. 266, o legislador postula um dever de cooperação para a descoberta da verdade no art. 519.

No art. 266-A, o legislador declara que as partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do art. 266.

Poder-se-ia ainda referir um dever de verdade, ordenado à boa administração da justiça.[42]

Depois encontramos um conjunto de deveres que impendem sobre o tribunal. Entre eles se conta o dever de garantir a igualdade substancial das partes ao longo de todo o processo, o dever de observar o contraditório, o dever de se declarar impedido verificadas determinadas circunstâncias, o dever de administrar justiça, o dever de fundamentar as decisões, o dever de cooperar para a justa composição do litígio, o dever de dirigir o processo com vista ao célere e regular desenvolvimento da instância, o dever de ordenar e realizar actividades instrutórias e o dever de adaptar a tramitação processual.

Por fim ainda possível identificar deveres que não dependem da qualidade de sujeito processual. Estes deveres decorrem do dever de colaboração na descoberta da verdade, pelo que têm o seu plano privilegiado de incidência no campo da prova[43].

14. O que dizer de todas estas disposições?

Em todas elas o legislador regula a conduta dos intervenientes processuais, impondo-lhes a observância de determinados padrões de comportamento. Ao

41. Esta disposição pode suscitar alguma perplexidade, na medida em que o dever de prestação de esclarecimentos aparece como dever dependente do dever de comparecimento. O que significa que, nem as partes, nem os mandatários teriam o dever de prestar esclarecimentos se não fossem notificadas para comparecer perante o juiz da causa.
42. Concluindo pela não existência deste dever na ordem jurídica nacional, Lebre de Freitas, *Confissão,* p. 465 e segs.; *Introdução ao processo civil,* p. 149, nota 1-A. Em sentido inverso, Isabel Alexandre, *Provas ilícitas em processo civil,* Almedina, Coimbra, 1998, p. 89 e segs. (p. 96 e segs.); Luso Soares, *A responsabilidade processual civil,* Almedina, Coimbra, 1987, p. 167 e segs. Quanto ao dever de verdade no ordenamento processual alemão, expressamente consagrado no § 123.I da ZPO, que nele integra, v.g., o dever de a parte esclarecer exaustivamente a situação de facto, Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozeßrecht,* C.H.Beck, München, 1993, §65.VIII; Wolfram Henckel, *Prozeßrecht und materielles Recht,* Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1970, p. 296 e segs.; Konzen, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien. Studien zur Wechselwirkung von Zivil-und Prozessrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozesserheblichen Parteiverhaltens,* Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 284 e segs.
43. Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil,* p. 149 e segs..

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION783 783 4/10/2007 14:41:15

longo do processo, os sujeitos processuais encontram-se adstritos à necessidade de cooperar, de litigar de boa fé, de se tratarem com correcção e urbanidade. Por outro lado, há um conjunto de disposições que impõem condutas a cada um dos diferentes tipos de sujeitos processuais.

Se o dever se caracteriza por ser a situação jurídica passiva decorrente da incidência de normas de conduta impositivas ou proibitivas,[44] podemos concluir que os designados deveres processuais são verdadeiros deveres. As diferentes normas que encontrámos impunham efectivamente ou a necessidade de praticar determinados actos, ou de adoptar uma certa conduta ou, ainda, a de pautar a intervenção processual por padrões específicos.[45]

Por fim, é ainda possível identificar deveres que não dependem da qualidade de sujeito processual. Estes deveres, directamente relacionados com a descoberta da verdade, impendem sobre qualquer um, decorrendo do dever de colaboração e tendo o seu plano de incidência privilegiada no campo da prova.

15. A questão que pode colocar-se relativamente às diversas situações processuais que fomos identificando é se elas não devem ser integradas numa situação jurídica mais complexa, a saber, no direito de acção. Temos afirmado que esta nos parece a solulção correcta. Haverá, agora, que tentar fundamentá-la.

Estaria muito para além dos objectivos da presente investigação proceder a um estudo completo do direito de acção. Apenas pretendemos fixar-nos nos pontos determinantes para a caracterização desta situação jurídica.

Parece evidente que num Estado em que se proíbe a autotutela tenham de existir mecanismos de tutela efectiva das situações jurídicas. Este o ponto de partida relativamente unânime na descrição do que possa ser o fundamento para um direito de acção. A partir daqui, começam todas as divergências já acima enunciadas.[46]

Sobre o direito de acção se pronunciaram desenvolvidamente entre nós, num primeiro momento, Alberto dos Reis[47] e, posteriormente, em estudo monográfico, Castro Mendes.[48]

---

44. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 56.III; Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar,* p. 17.
45. No mesmo sentido, *Teixeira de Sousa,* Introdução ao processo civil, 2ª, p. 71.
46. Paula Costa e Silva, *Acto e processo,* § 6º.
47. *Processo ordinário e sumário,* 1º vol., p. 98 e segs..
48. O direito de acção judicial. Teixeira de Sousa, *Concurso de títulos de aquisição da prestação:* estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões, Lisboa, 1988, p. 19 e segs., dedica-se ao estudo das relações entre os diversos títulos de aquisição de uma prestação, pelo que a questão a que ora queremos dar resposta está fora do seu objecto de análise.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION784 784 4/10/2007 14:41:16

Após a análise do conteúdo do direito de acção, Castro Mendes conclui que se trata de um direito subjectivo. Sendo o direito subjectivo "uma posição pessoal de vantagem, resultante da afectação jurídica dum bem à realização dum ou mais fins de pessoas individualmente consideradas",[49] o direito de acção seria um direito subjectivo, pois que ele se traduz na afectação de bens (os serviços judiciais) à realização de um fim (dirimir pacífica e justamente um litígio) de pessoas determinadas.[50]

Não havendo espaço para o elemento "autonomia" neste conceito de direito subjectivo[51], Castro Mendes acaba por afirmar que o direito de acção se decompõe em dois direitos subjectivos (o de recorrer aos tribunais e o de não recorrer aos tribunais), assumindo a natureza de um ónus (se o sujeito quiser ver a sua situação apreciada (vantagem) tem de adoptar um concreto comportamento (recorrer aos tribunais).[52]

Ao perguntar que espécie de direito é o direito de acção, afasta que este seja um direito potestativo, na medida em que o Estado não se encontra numa posição de sujeição, mas adstrito à realização de uma prestação (compor com justiça os pleitos)[53], e rejeita que seja um direito absoluto, porque a posição jurídica em que se encontram investidas as partes[54] tem determinada direcção subjectiva. Conclui pela natureza relativa do direito de acção[55], que define como o direito à intervenção do Estado para a justa composição dum certo litígio[56]. A justa composição do litígio manifesta-se em duas vertentes: que a composição seja a que decorre dos resultados obtidos no processo e que a decisão seja justa quanto ao modo da respectiva formação.[57] Porque a intervenção do Estado na relação processual fundada no direito de acção é realizada no desempenho de uma função pública, o direito de acção é um direito público[58].

---

49. *O direito de acção judicial,* p. 47 e passim.
50. *O direito de acção judicial,* p. 47-48.
51. Crítica idêntica à que vimos fazendo no texto é dirigida por Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 47.VII, ao conceito de direito subjectivo, proposto por Oliveira Ascensão em *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., n. 25.I, que é coincidente com o conceito de direito subjectivo apresentado por Castro Mendes no texto em análise.
52. *O direito de acção judicial,* p. 53 e seg.
53. *O direito de acção judicial,* p. 78.
54. Castro Mendes faz abranger no conceito de direito de acção a situação jurídica do réu, advertindo para a circunstância de a posição corrente ser a de designar esta situação por direito de defesa. Cfr. *O direito de acção judicial,* p. 136.
55. *O direito de acção judicial,* p. 83.
56. O direito de acção judicial, p. 82 e, com a diferença de à actuação justa fazer acrescer a actuação tão relevante quanto possível na composição de um litígio, p. 134.
57. *O direito de acção judicial,* p. 126.
58. *O direito de acção judicial,* p. 86.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION785 785 4/10/2007 14:41:16

16. A qualificação do direito de acção como um direito subjectivo público[59] pode suscitar reservas terminológicas, extensíveis à qualificação de todas as posições jurídicas do indivíduo face ao Estado, entra elas se contando os direitos do cidadão contra a administração[60].

Porque se diz serem estes direitos, entre eles o direito de acção, direitos públicos?

A explicação talvez resida em se partir da relação para a situação, ao invés de se ver a relação como uma entre várias configurações possíveis da situação jurídica.

Paradigmática do que vimos dizendo é a construção de Castro Mendes. Define como pública a relação em que um dos sujeitos seja o Estado, desde que se encontre investido em ius imperii. Se a relação, porque envolve o Estado, é pública, públicas serão as posições jurídicas que a integram[61].

---

59. Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil,* p. 79; Goldschmidt, *Materielles Justizrecht.* (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht), FG Dr. Bernard Hübler, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1905, p. 87 e segs.; id., *Der Prozeß als Rechtslage, Eine Kritik dês prozessualen Denkens,* Scientia Verlag, Aaalen (Neudruck der Ausgabe Berlin, 1925), 76 e segs.; Castro Mendes, *O direito de acção judicial,* p. 109 e segs.; Teiichiro Nakano, *Das Prozeßrechtsverhältnis,* ZZP 79, 99-113 (p. 108); Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozeßrecht,* §2.II.2.

    Em sentido diferente quanto ao direito à execução, que qualifica como um direito com carácter privado, distinto do direito à prestação, Gomes da Silva, *Conceito e estrutura da obrigação,* p. 229 e segs.

    Na mesma linha, Teixeira de Sousa afirma que o direito à execução não é um direito contra o Estado, mas um direito que só pode ser exercido através dos meios coactivos que o Estado coloca à disposição do credor. *Acção executiva singular,* p. 22 e seg..

    A este propósito deve ser, no entanto, ponderado que o Estado não pode eximir-se da "obrigação" de colocar estes meios à disposição do particular. Do que resulta que existe uma pretensão do particular contra o Estado. Se esta pretensão se integra ou não no direito de acção já é algo que depende do modo como se concebe este direito.

    Questão com esta relacionada e que assume a maior relevância respeita à determinação da natureza dos poderes que são exercidos pelo tribunal no âmbito da acção executiva. Abstraindo dos apensos declarativos, pode perguntar-se se os restantes actos praticados pelo tribunal ao longo da execução são verdadeiras manifestações do poder jurisdicional.

    A resposta a esta questão, se for no sentido da negação do exercício de poderes jurisdicionais típicos em grande parte dos actos que integram a execução, pode levar a consequências não despiciendas, permitindo ao legislador ponderar a eventual criação de estruturas parajudiciais, que desempenhariam as funções estritamente executivas que competem hoje aos tribunais. Esta situação não seria inédita, vigorando em sistemas como o alemão.

    Para Portugal, após a profunda alteração da acção executiva, ocorrida em 2003 e estruturada sobre uma clara distinção entre a função jurisdicional e a função executiva, com reflexos na distribuição de competências entre o juiz de execução e o agente de execução, regra geral um solicitador de execução, Paula Costa e Silva, A reforma da acção executiva, 3ª, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

60. Assim, Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido,* Almedina, Coimbra, 1998 (reimpressão), p. 212 e segs..

61. *O direito de acção judicial,* p. 84.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION786 786 4/10/2007 14:41:16

Se não se questiona que o Estado, no exercício do dever de administrar justiça, esteja investido em poderes de autoridade, supremamente manifestados na vinculatividade das decisões que profere (cfr. art. 205/2 da CRP), já não temos por seguro que a situação jurídica direito de acção possa ser globalmente qualificada como pública.

Sempre que nos encontramos perante um direito do indivíduo contra o Estado, estamos perante situações jurídicas relativas. A uma posição activa do particular contrapõe-se uma posição passiva do Estado, representado por um dos seus órgãos. O que significa que, por exemplo quanto ao direito de acção, podemos encontrar um direito subjectivo do particular contraposto ao dever de administração de justiça do Estado.

Por simplicidade referimos esta situação jurídica relativa como um direito. Mas estamos face a uma situação subjectivamente complexa, que comporta um direito e um dever para sujeitos diferenciados.

Ora, se a posição jurídica é sincreticamente referida como o direito de acção, isto equivale a defini-la a partir da posição do particular (o titular do direito) e não a partir da posição do Estado (adstrito à vinculação).

Consequentemente, qualquer distinção de direitos em públicos e privados, que assente na qualidade do sujeito titular da situação jurídica, a partir da qual se referem todas as posições relativas[62], não nos permite concluir pela natureza pública do direito de acção. O sujeito que detém a situação activa é o particular e não o Estado[63].

A contraposição que reflicta a qualidade do titular da posição jurídica poderia, quanto muito, levar-nos a distinguir um direito do particular contraposto a um dever público. Este dever é público, não porque vincula o Estado[64], mas porque se inscreve em determinada esfera de actuação.

Mas, a partir de aqui, não deverá extrapolar-se dos termos da qualificação de uma das situações para a relação jurídica plurissubjectiva, sob pena de se transformar a qualidade de um dos sujeitos em característica da relação.

Assim, apenas poderemos qualificar o direito de acção (bem como os demais direitos do particular) como público se esta qualificação reflectir a direcção subjectiva desta situação jurídica. Porque este direito se dirige contra o Estado, será qualificado como público.

---

62. José Tavares, *Os princípios fundamentais do direito civil,* I, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, n. 54.
63. Colocando questão idêntica, Carnelutti, *Teoria generale del diritto,* Foro Italiano, Roma, 1951, n. 67.
64. Oliveira Ascensão, *O Direito, Almedina,* Coimbra, 2001, n. 186.IV.2.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION787 787 4/10/2007 14:41:16

Mas, só assim, ainda não temos critério distintivo bastante. Sob pena de direito de acção e direito de crédito decorrente de um contrato de fornecimento celebrado com o Estado serem ambos direitos subjectivos públicos.

Se alguma utilidade tem a distinção entre situações jurídicas públicas e privadas (nomeadamente quanto aos regimes jurídicos vocados), haverá que acentuar que os direitos subjectivos são públicos se, dirigindo-se contra o Estado, tiverem como posição correlativa um dever que se inscreva nas funções que o Estado para si reservou.[65]

17. A doutrina tende a descrever os designados direitos processuais como manifestações concretas de princípios adjectivos, sem estabelecer a ponte entre estas situações jurídicas e o direito de acção. Esta posição pode estribar-se nomeadamente nos arts. 2 e 3 do CPC, pois que enquanto o primeiro, ao referir um direito de acesso aos tribunais, nada diz quanto ao direito de resposta e ao direito de defesa, o segundo limita-se a afirmar que ao longo do processo tem de ser respeitado o princípio do contraditório (direito de resposta e direito de audição prévia).

Mas a ponte que deve, segundo cremos, ser estabelecida é entre as diversas situações processuais que fomos encontrando e o direito de acção.

18. A integração dos chamados direitos processuais no direito de acção não é, no entanto, pacífica. Castro Mendes afirma que há que operar uma distinção entre este direito e o direito de agir em juízo. Diz que o direito de acção não é o "direito de agir em juízo, mas antes o direito de exigir ao juízo (tribunal) certa conduta"[66]. Ao direito de agir em juízo, que se traduz no direito de praticar actos lícitos úteis à defesa do interesse da parte, dá a designação de direito de processar[67]. Promete para mais tarde precisar as relações entre o direito de acção e o direito a processar. No entanto, a única referência a este tema que conseguimos encontrar em passo posterior da obra em referência respeita à dicotomia entre direito a processar, entendido como direito a obter uma decisão qualquer, e direito de acção, enquanto direito a obter uma decisão de mérito[68], que Castro Mendes rejeita.

---

65. Sobre este ponto, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional,* Coimbra Editora, Coimbra, V, n. 1-9 (n. 7, quanto à função jurisdicional). Para uma distinção entre direitos subjectivos públicos e privados, que assentaria na existência de pelo menos um interesse colectivo naquele primeiro caso, Carnelutti, Teoria generale del diritto, n. 67.
66. *O direito de acção judicial,* p. 92.
67. *O direito de acção judicial,* p. 92.
68. *O direito de acção judicial,* p. 115 e seg.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION788 788 4/10/2007 14:41:16

Pelo que, por quanto pudemos apurar, fica por esclarecer que relação existe para Castro Mendes entre o direito de acção e aquilo que designara como direito de processar.

Curiosamente, a posição de Castro Mendes relativa ao conteúdo do direito de acção permitirá uma resposta, que aponta no sentido da não autonomia dos direitos processuais (direito de processar) relativamente àquele direito.

Se se afirma que o direito de acção consiste no direito subjectivo de obter uma decisão justa quanto ao modo da respectiva formação, isto deve significar que esta posição jurídica comportará todas as faculdades que sejam necessárias àquela finalidade. E, se bem virmos, os diferentes direitos que em processo se conferem às partes são todos eles instrumentais do direito de obter uma decisão justa. Se a parte não puder responder, não puder provar, não for ouvida antes de proferida a decisão, não será legítimo dizer-se que o processo de formação da decisão foi justo. O direito de acção não se esgota na faculdade de exigir aos tribunais que se pronunciem sobre determinada situação. Este direito, se tiver apenas este conteúdo, fica esvaziado. Porque nenhum tribunal se poderá pronunciar em termos adequados se a parte tiver simplesmente o direito de lhe pedir que se pronuncie. Para que o tribunal decida de modo adequado é necessário que a parte possa provar o que alega e que lhe possa fornecer a sua versão dos acontecimentos.

Pelo que todos os "direitos" em que a parte processual vai sendo investida ao longo do processo mais não são do que manifestações concretas do direito de acção. Mais precisamente ainda, são faculdades integradas naquele direito subjectivo.

Esta posição parece-nos defluir das disposições que regulam a matéria do direito de acção.

Este direito tem consagração constitucional. Encontramo-lo no art. 20 da CRP[69]. Segundo o n. 1 desta disposição constitucional, "a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais, para defesa dos seus direitos e interesses legítimos(...)." Se este direito se entender como a mera possibilidade de a parte se dirigir ao tribunal fica, como dissemos, empobrecido no seu conteúdo. O legislador ordinário terá total liberdade para suprimir o direito de resposta ou o direito à prova. Mas o empobrecimento é ainda detectável no nível do significado ideológico deste direito. Quando o legislador afirma que todos têm o direito de recorrer aos tribunais para defesa dos seus direitos deve acentuar-se a finalidade

69. Cfr. também art. 2 da Constituição da República Portuguesa.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION789 789 4/10/2007 14:41:17

da situação jurídica em causa: a defesa do direito. Ora, sem as situações jurídicas instrumentais que vimos referindo não há defesa do direito. Há mera alegação desse mesmo direito.

Assim, e nesta perspectiva, o direito de acção tem um conteúdo múltiplo, sendo, por isso, uma situação jurídica complexa[70], decomponível em várias situações jurídicas mais simples (direito de resposta, direito de audição prévia, direito à prova).

Contrapor-se-á o art. 2 do CPC. Desta disposição decorre, por um lado, que a parte tem o direito ao proferimento de uma decisão em prazo razoável e, por outro, que a cada direito corresponde tendencialmente uma acção. Em lugar algum se referem os direitos que doutrina autonomiza (direito de audição prévia, direito à prova). Aquele direito apenas surge como manifestação do contraditório no art. 3 e o direito à prova nem sequer surge na lei sob este nome. Isto poderá significar que o direito de acção e os restantes direitos se não confundem.

Esta linha de argumentação será insuficiente. A autonomização das situações jurídicas não depende do modo como surgem enunciadas na lei, mas da "unidade intrínseca"[71] que apresentam. As diferentes situações jurídicas que compõem a situação complexa podem ser dispersas por diferentes preceitos legais, sem com isto se convolarem de situações integráveis numa posição mais vasta para passarem a assumir-se como direitos subjectivos autónomos.

Esta unidade intrínseca verifica-se entre as diversas situações processuais e o direito de acção. Todas elas são instrumentos ao serviço deste direito.

Com isto podemos concluir que os "direitos" processuais são faculdades ou poderes integradas no conteúdo do direito de acção. Vimos que estas situações jurídicas se traduziam na concessão à parte do poder de praticar actos[72]. Estes poderes serão os meios que se afectam à parte para que ela exerça o seu direito de acção.

19. E os deveres processuais? Constituirão estas situações processuais limites ao direito de acção?

Os deveres processuais, quando impendem sobre as partes, constituem limitações ao exercício do direito de acção.

---

70. Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., n. 4.; Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 36.I.
71. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* p. 186.
72. Neste sentido, Alberto dos Reis, *Processo ordinário e sumário,* p. 150 onde se lê: "o autor exerce os vários poderes contidos no direito de acção, praticando os actos regulados pelo direito judiciário, desde a petição inicial até ao oferecimento das alegações finais".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION790 790 4/10/2007 14:41:17

O dever de boa fé, o dever de correcção[73] e o dever de cooperação impõem às partes que ou adoptem determinados comportamentos (cooperando) ou se abstenham de certas condutas (as que revelam má fé processual e as que reflectem falta de correcção e urbanidade no trato).

O exercício do direito de acção, que não se contenha dentro dos parâmetros definidos pelo sistema, é um exercício censurável. A parte que deduza pedidos, cuja falta de fundamentação não pode desconhecer, que altere a verdade dos factos, que não adopte as condutas mais adequadas à célere e eficaz composição do litígio comporta-se de modo reprovável. A forma como exerce o seu direito de acção é inadmissível.

Se cada uma das partes pretende a decisão que mais a favoreça, não pode socorrer-se de todo e qualquer expediente para alcançar esta finalidade. Os fins (obtenção de uma decisão favorável), não justificam os meios (adopção de condutas de obstrução à realização da justiça).

O direito de acção, como qualquer outro direito, não tem natureza absoluta[74]. Como afirma Castro Mendes, se a boa fé não é um pressuposto da constituição do direito de acção, é pressuposto do seu exercício não abusivo[75].

20. Sumariando os diferentes dados que fomos obtendo através da análise isolada das diferentes situações jurídicas, que vamos encontrando ao longo do processo, e da respectiva ligação com o direito de acção podemos reter algumas conclusões.

Em orimeiro lugar, podemos afirmar que o nosso sistema jurídico conhece o direito de acção. Este pode ser descrito como a situação jurídica em que é investido todo o indivíduo, constitucionalmente reconhecida (cfr. art. 20 da CRP) e concretizada pelo legislador ordinário (vide arts. 2/2 e 3/1 e 2 do CPC), sendo o respectivo conteúdo integrado pelo poder de aceder ao tribunal para a protecção de direitos e interesses legalmente tutelados.

Em segundo lugar, o direito de acção, ordenado à proibição de autotutela, dirige-se directamente contra o Estado[76], que se vê investido no dever de administrar justiça. Se o dever de administrar justiça não for cumprido, o titular do concreto

73. Para uma articulação do dever de correcção com a liberdade de expressão, cfr. os acórdãos ns. 81/84, 11/85, 185/85 e 75/88 do Tribunal Constitucional, ainda referentes aos arts. 154/1 e 155/1 do Código de Processo Civil , na redacção anterior à reforma de 95/96. Mário Torres, Guia, I, p. 715.
74. Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV., tít. V., n. 49.I.
75. *O direito de acção judicial,* p. 215.
76. Sobre a evolução do direito de acção, Teixeira de Sousa, *Concurso de títulos de aquisição da prestação,* 19 e segs.; *Aspectos metodológicos e didácticos do processo civil,* Lisboa, 1993, p. 347-362.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION791 791 4/10/2007 14:41:17

direito de acção pode recorrer a diversos meios. Entre estes conta-se o recurso à acção penal, ao abrigo do art. 369 do CP.

O tipo de denegação de justiça, crime próprio, poderia levar-nos a pensar que o direito de acção se dirige directamente contra o magistrado a quem a causa foi distribuída. No entanto, a possibilidade de o Estado ser demandado perante instâncias internacionais, porque foi denegada justiça, dá-nos o enfoque correcto quanto à direcção subjectiva deste direito. Este direito dirige-se contra o Estado.

Se o direito de acção coloca em relação um direito de exigir uma actuação concreta do tribunal e um dever deste tribunal de apreciar o acto praticado, podemos seguramente afirmar que do exercício do direito de acção decorre a constituição de uma relação jurídica entre a parte e o tribunal.

21. E será possível identificar situações jurídicas, que coloquem em relação as partes entre si?

Se dizemos que o direito de acção é uma situação jurídica que tem como sujeitos a parte e o tribunal, dir-se-ia que, com base neste direito, não se pode falar na existência de uma situação jurídica relativa, que tenha as partes nos seus dois pólos.

Mas mesmo que esta conclusão seja verdadeira, dela não se segue, necessariamente, que o direito de acção não comporte situações jurídicas relativas entre as partes.

Antes de procedermos à respectiva análise, impõe-se uma precisão.

É usual referir a existência de uma relação entre as partes, sendo esta integrada por uma multiplicidade de situações jurídicas activas e passivas.

Esta formulação deve ser afastada, porque parte do princípio de que o termo compreensivo é o termo relação e não o termo situação. E, conforme vimos, não é viável continuar a atribuir à figura da relação jurídica o lugar central na análise das posições jurídicas em que os sujeitos são investidos. A relação jurídica pressupõe um tipo de situação jurídica. Não é a situação jurídica que constitui uma espécie dentro da relação. Isto significa que não deverá falar-se na existência de uma relação processual entre as partes, que comportaria outras situações jurídicas mais simples. Quanto muito poderá dizer-se que cada uma das partes se encontra investida numa posição jurídica que se integra numa situação jurídica complexa, que esta situação complexa é relativa e que dentro dela é possível identificar situações jurídicas mais simples.

Também deve ser rejeitada a metodologia adoptada por Lent. Em estudo dedicado à demarcação das figuras do dever e do ónus processuais, Lent afirma

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION792 792 4/10/2007 14:41:17

que, quando a acção é instaurada, surge uma relação entre as partes[77]. Ora, como uma relação não é concebível sem deveres, haverá que procurar os deveres que consubstanciam a relação processual.[78]

Depois de identificar uma série de deveres processuais, todos eles relativos ao modo como a parte deve litigar (v.g. dever de boa fé processual, dever de verdade, dever de comparecimento), conclui que estas situações jurídicas colocam a parte em relação com o tribunal.[79]

Muito maiores dificuldades encontra na determinação de uma posição activa da parte a que corresponda um dever da parte contrária. Acaba por aceitar que tem de existir um dever na medida em que da respectiva violação resulta a obrigação de indemnizar. Mas nada diz quanto à existência de posições jurídicas activas relativas aos deveres processuais.[80]

O caminho percorrido por Lent parece-nos constituir inversão metodológica. Antes de saber se pode encontrar situações relativas no processo e se o próprio processo pode ser reconduzido ao conceito de situação/relação jurídica, dá esta relação por assente.

Percorremos caminho diverso. Uma vez identificadas as situações jurídicas que vão surgindo ao longo do processo há que perguntar, partindo da respectiva fisionomia, se é possível identificar situações jurídicas que ordenem as partes uma à outra.

22. Se perguntarmos se as situações dos diferentes intervenientes processuais são absolutas ou relativas, a resposta que intuitivamente daríamos iria no sentido de estas situações serem relativas.

Os sujeitos processuais partes estão em relação na medida em que estão" integrados numa posição específica, ou classe, no seio da realidade."[81] Eles "ocupam uma posição que os distingue das restantes: têm uma fronteira (finis) comum."[82] A afinidade dos sujeitos processuais resulta de, todos eles, serem partes

77. *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß,* ZZP 67, 344-356 (p. 345).
78. Idêntica é a posição de Barbosa de Magalhães, *Processo civil e comercial,* 2º vol., Lisboa, 1940, n. 3, que refere ser a relação processual uma estrutura triangular, na medida em que também há direitos e obrigações entre autor e réu. Porém não nos diz que direitos e obrigações são esses. Quando se pronuncia sobre as situações jurídicas em que o réu é investido, refere o direito do réu a ser ouvido e o direito do réu a tomar conhecimento do processo.
79. *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß,* p. 355.
80. *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß,* p. 356.
81. Oliveira Ascensão, *As relações jurídicas reais,* p. 30.
82. Oliveira Ascensão, *As relações jurídicas reais,* p. 30.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION793 793 4/10/2007 14:41:17

de um mesmo procedimento. Esta qualidade de parte num concreto processo distingue-os dos demais elementos da sociedade.

O princípio da dualidade de partes[83] também parece apontar no sentido de se poder falar pelo menos de uma relação entre autor e réu. O autor tem esta qualidade no confronto do réu. O réu tem a qualidade de parte passiva porque existe um autor. O autor é autor para um réu, o réu é réu para um autor.

Também se poderia avançar com o efeito de caso julgado para fundar a existência de um vínculo entre as partes. Mas isto equivaleria a confundir os efeitos do conteúdo eventual da decisão com o próprio processo.

O único caminho seguro para uma conclusão consiste em confrontar as diversas situações processuais com a noção técnica de relação jurídica. Vimos já que a relação jurídica supõe uma ordenação jurídica concreta de sujeitos determinados em dado momento.

Mas se partirmos desta noção de situação jurídica relativa, não poderemos sustentar que as situações processuais em que as partes vão sendo investidas no decurso do processo, se reconduzam a relações jurídicas, que as ordenem entre si[84].

O titular de um poder processual, que lhe permite praticar actos, não tem uma posição que se afira por contraposição à situação da parte contrária. Autor e réu são investidos no direito à prova em paralelo e não em contraposição. O réu, investido no direito de contestar, tem a faculdade de praticar determinado acto. Não goza de nenhuma pretensão relativamente ao autor.

O ónus apresenta-se como situação jurídica tipicamente absoluta[85]. O que não pode ser lido no sentido de não ser susceptível de integração numa situação jurídica complexa, que apresente natureza relativa. Mas, enquanto situação jurídica analítica, o ónus não pressupõe qualquer relação.

Se observarmos estritamente os ónus processuais, rapidamente concluímos que estas situações jurídicas não ordenam as partes entre si. O ónus, sendo autonomizado, pressupõe apenas a posição de um sujeito concreto. Não é referido à posição jurídica de outrem.

---

83. Teixeira de Sousa, *Introdução ao processo civil,* 1ª, p. 39.
84. Neste sentido, e para além das referências anteriores, Alberto dos Reis, *Processo ordinário e sumário,* 1º vol., p. 156 e segs.; Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile,* vol. 4º, La Litotipo, Padova, 1926, p. 360.
85. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 58.IV, para o ónus material ou encargo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION794 794 4/10/2007 14:41:18

23. Mas há mais dois dados que têm de ser analisados antes de se excluir a eventual existência de situações relativas entre as partes. Eles são, por um lado, a situação jurídica em que a parte demandada fica colocada quando a parte, titular do direito de acção, exerce uma das faculdades integradas nesta situação jurídica, a saber, quando a parte instaura a acção. E, por outro, a possível existência de situações jurídicas relativas entre as partes, cuja face visível seriam os diversos deveres processuais.

24. A posição em que se encontra a parte demandada (tal como o tribunal), deve ser aproximada da sujeição. Esta vê a sua situação jurídica alterada pela actuação da parte demandante, nada podendo fazer contra esta alteração.

Pode inferir-se da circunstância de o direito de acção se contrapor a um estado de sujeição da parte demandada que estas duas situações jurídicas estão ordenadas uma à outra em termos relativos?

Menezes Cordeiro sustenta que a recondução do par direito potestativo/sujeição ao esquema da relação jurídica é "uma posição metodologicamente incorrecta e com inconvenientes práticos"[86]. A incorrecção metodológica residiria, aparentemente, no facto de as situações jurídicas activa e passiva não poderem ser afirmadas como projecção uma da outra, porque "o exercício do poder em nada depende da pessoa colocada em sujeição"[87]. Por outro lado, a situação daquele que se encontra num estado de sujeição é totalmente distinta da situação daquele que se encontra adstrito a um dever. Enquanto este deve actuar de determinado modo ou não deve actuar de determinado modo, aquele "nada pode, sequer, fazer e logo nada deve fazer".[88] Consequentemente, os regimes jurídicos aplicáveis a uma concreta situação, consoante fosse qualificada como dever ou como sujeição seriam totalmente distintos. Os inconvenientes práticos de uma explicação do conjunto direito potestativo/sujeição estariam possivelmente relacionados com a perda de uma apreensão imediata desta diversidade de regimes.

Se não suscita dúvida a afirmação de que o regime jurídico do dever é distinto do regime jurídico da sujeição, o que perante as observações de Menezes Cordeiro haverá que perguntar é qual é afinal o critério que permite referir a existência de situações relativas. Porque não é a mesma coisa dizer que há uma situação relativa porque as posições das partes se determinam por contraposição

86. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 57.II.
87. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 57.II.
88. *Tratado de direito civil,* I, I, n. 57.II. Itálico no texto. Dias Marques, *Teoria Geral do direito civil,* Coimbra Editora, Coimbra, 1956, I vol., n. 76 (p. 250), afirma que na sujeição não há um dever ser mas um ter de ser.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION795 795 4/10/2007 14:41:18

ou simetria e dizer que há uma situação relativa porque a posição jurídica activa se contrapõe a um dever. E o que distingue verdadeiramente o binómio direito de crédito/dever de prestar do binómio direito potestativo/sujeição é o modo de satisfação do interesse daquele que foi investido na situação activa, com repercussão imediata na configuração da situação jurídica daquele que está adstrito à situação passiva. Se, naquele primeiro caso, a satisfação do interesse do titular da situação activa depende de um comportamento colaborativo da parte passiva, no segundo caso, o interesse do titular da situação activa satisfaz-se simplesmente através do exercício do poder em que se encontra investido. A parte que se encontra em estado de sujeição vê-se totalmente privada da liberdade de agir.[89]

Mas se aquilo que permite distinguir a situação relativa da situação absoluta não é o conteúdo específico das situações jurídicas ordenadas, mas a relatividade dessas mesmas situações jurídicas, então o binómio direito potestativo/sujeição pode ser aproximado do conceito de situação relativa. Não porque a um direito se contraponha um dever de prestar, mas sim porque a um direito se contrapõe um concreto dever de suportar. O direito potestativo é simétrico da sujeição. O direito potestativo afere-se por contraposição a um estado de sujeição, sem o qual aquele não tem sentido.

Poder-se-á objectar que com esta aproximação do binómio direito potestativo/sujeição à situação relativa se esbate a fronteira entre este tipo de situação e a situação absoluta. Também nesta se pode afirmar um direito em contraposição a um dever geral de abstenção. Mas o direito absoluto pode ser explicado sem este dever. O dever é um mero corolário do direito absoluto, que vive sem ele. O interesse do titular da situação jurídica activa satisfaz-se exclusivamente através da afectação de um bem, sem necessidade de qualquer colaboração por parte de terceiro.

Dir-se-á que este é exactamente o traço característico do direito potestativo. Também este se satisfaz através do simples exercício do poder potestativo, estando excluída qualquer colaboração daquele que se encontra em estado de sujeição. A satisfação do interesse do titular do direito potestativo depende exclusivamente da actuação do poder que lhe é conferido.

Recorrendo à ideia de Eco, o direito potestativo surge-nos como uma espécie de ornitorrinco. Se a respectiva integração na categoria dos direitos subjectivos se apresentava como complexa, na medida em que não pode neles identificar-se o bem que se afecta ao sujeito (salvo se no conceito de bem se incluírem os

89. Carnelutti, *Teoria generale del diritto,* n. 70 Carnelutti, *Teoria generale del diritto,* n. 67.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION796 796 4/10/2007 14:41:18

poderes), a respectiva integração num dos termos da classificação que distingue os direitos em absolutos e relativos, não é menos complexa. Se, por um lado, "na dupla direito potestativo-sujeição (há) uma relacionação entre elas"[90], atendendo ao conteúdo do direito potestativo este aproxima-se claramente das situações jurídicas absolutas. Mas porque o que é característico da concessão de carácter relativo a uma situação é que ela seja "projecção de uma outra" e se esta característica está presente no binómio direito potestativo/sujeição, na medida em que o direito potestativo tem como posição simétrica um concreto estado de sujeição, apesar das dificuldades representadas pela configuração específica do conteúdo do direito potestativo, tendemos a qualificar aquele binómio como uma situação jurídica relativa.

A parte demandada encontra-se em estado de sujeição. Nada pode fazer para impedir o exercício do direito de acção e a sua constituição como parte num processo pendente. Tem de se submeter à acção e aos efeitos decorrentes do acto final. Dela não se requer sequer uma colaboração.

Esta situação jurídica só pode ser explicada através do exercício de uma situação jurídica activa, em que se encontra investida a parte processual activa. Sem exercício do direito de acção não será constituída a sujeição da parte contrária.

Parece, assim, existir uma simetria entre as situações jurídicas do demandante e do demandado pelo que se pode concluir pela existência de uma situação jurídica relativa entre as partes de uma acção.

25. E poderá fundar-se a existência de situações jurídicas relativas entre as partes que teriam os deveres como face visível?

A esta questão dá Teixeira de Sousa uma resposta positiva. Afirma que "(o)s direitos das partes são correlativos (…) dos deveres da contraparte"[91].

Esta tomada de posição é intuitivamente certeira, mas requer uma precisão. Quando Teixeira de Sousa afirma que os direitos processuais são correlativos dos deveres da contraparte, seguramente que começa por pensar em determinados deveres para depois referir a existência de direitos, aos quais aqueles deveres se contraporiam. Com efeito, se se admite a existência de um direito à prova, não se estará admitindo que este direito tenha como "correlativo" um dever à prova. Os direitos a que se estará porventura referindo são aqueles que admite como presentes na medida em que há deveres. Como vimos, este foi o caminho seguido

90. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 57.II.
91. *Introdução ao processo civil,* 2, p. 71.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION797 797 4/10/2007 14:41:18

por Lent. Também este autor começava por admitir a qualificação do processo como relação, para depois identificar os deveres que nesta relação se englobariam. Porque não admitia que os deveres processuais pudessem ser situações absolutas, tinha de encontrar direitos que lhes correspondessem. E, como vimos, a única forma que tinha de chegar à demonstração da existência desses direitos era através da verificação de que, da violação dos deveres, decorria obrigação de indemnizar.

Afirmámos que a observação de Teixeira de Sousa era intuitivamente certeira. Com efeito, quando a lei determina que as partes devem agir de boa fé pressente-se, de imediato, que as partes devem agir de boa fé uma perante a outra ou, dito de outro modo, no confronto de uma com a outra.

Mas afirmar que ao dever corresponde um direito da parte contrária significa equiparar os deveres processuais a obrigações[92] e os direitos que lhes corresponderiam a direitos a uma prestação. Poder-se-á dizer que a parte tem direito a uma prestação, à qual se contraporia o dever de boa fé, o dever de cooperação, o dever de correcção?

Atendendo ao respectivo objecto, o tipo de dever a que poderiam ser eventualmente reconduzidos os deveres processuais seria ao dever de facere. A parte adstrita a esta situação jurídica teria de desenvolver determinada actividade "em prol de outrem".[93]

Os dados de que podemos partir para uma qualificação dos deveres processuais são dois.

Em primeiro lugar, os deveres processuais traduzem-se na imposição de parâmetros à conduta das partes. Mas esta característica apenas nos permite dizer que são deveres e não chegar a uma qualificação que atenda ao respectivo conteúdo.

Em segundo lugar, podemos também afirmar que os deveres processuais não pressupõem qualquer vínculo contratual entre as partes adjectivas. Estes deveres são heteronomamente impostos aos diversos intervenientes processuais.

Estes dois dados poderiam apontar no sentido de os deveres processuais serem situações jurídicas absolutas. Mas há que testar esta qualificação. Se o dever

92. Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* vol. IV, tít. V, n. 27.I; Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 56.II.
93. Menezes Cordeiro, Tratado de direito civil, I, I, n. 56.IV.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION798 798 4/10/2007 14:41:18

de prestar se funda, regra geral, num vínculo autonomamente criado pelas partes, nada impede que seja a lei a impor este tipo de deveres. Assim acontece com os deveres relativos diferentes da obrigação de prestar.

Os quadros gerais de classificação das situações jurídicas passivas oferecem-nos duas possibilidades de qualificação dos deveres.

De um lado, o dever pode ser concebido como uma situação jurídica absoluta. Neste caso, seria um dever genérico, não comportando nenhum elemento relativo.

O dever configurado como situação jurídica absoluta é equiparado ao dever genérico. Os deveres genéricos são posições absolutas sem relação[94]. São determinações de conduta que impendem sobre um sujeito e que não se aferem por contraposição a uma situação concreta de outrem.

Isto não significa que não exista uma razão justificativa da imposição do dever que transcenda a esfera daquele que a ele fica adstrito. O dever é imposto para tutelar situações jurídicas alheias ou por razões de ordem geral. As situações que são tuteladas através da adstrição ao dever são, no entanto, absolutas. Quando a lei impõe um dever geral de respeito, visa impedir que a actuação de terceiro interfira com uma situação jurídica (direito subjectivo ou interesse juridicamente protegido) que não pressupõe qualquer colaboração para que seja plenamente gozada. Assim acontece quando o terceiro se vê obrigado a respeitar o direito de propriedade alheio ou quando se vê vinculado pelo dever de não praticar actos de concorrência desleal. Quando a lei tutela a lealdade da concorrência, impondo o dever de abstenção da prática de actos que lesariam aquele bem jurídico, não se constituem milhões de relações entre todos aqueles que exercem uma actividade económica. Se há um interesse geral em que a actuação no mercado não seja desleal, se há um interesse juridicamente protegido daqueles que actuam no mercado a que determinadas práticas se não verifiquem, impõe-se um dever geral de abstenção da prática de actos lesivos da lealdade da concorrência. Tutela-se uma posição jurídica absoluta (no caso da concorrência desleal, um interesse juridicamente protegido[95]), através da imposição de um dever geral de abstenção.

O que resulta estranho na equiparação dos deveres processuais a deveres genéricos decorre, em primeiro lugar, de a respectiva imposição não se poder

94. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 59.I.
95. Oliveira Ascensão, *Concorrência desleal,* AAFDL, Lisboa, 2000, G.III.6.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION799 799 4/10/2007 14:41:19

dizer genérica. Apenas os intervenientes em determinado processo estão adstritos a estes deveres. Antes do processo, ninguém está vinculado aos deveres de cooperação, de boa fé ou de correcção. Isto nos permite, usando uma outra classificação dos deveres, designá-los por deveres institucionais[96].

O que significa que estes deveres são instituídos para uma situação muito particular, vinculando sujeitos específicos à adopção ou à não adopção de determinadas condutas.

Isto nos bastará para concluirmos que os deveres processuais são posições jurídicas relativas?

Não. O dever genérico pode incidir sobre o sujeito que pertença a uma comunidade restrita (v.g. os deveres sociais)[97]. E, nesse caso, a adstrição durará enquanto o sujeito pertencer à comunidade no seio da qual o dever é instituído[98] e apenas pode ser explicado porque o sujeito ocupa uma determinada posição.

Temos de prosseguir na busca de traços identificativos destes concretos deveres processuais para chegarmos a uma conclusão.

26. Os deveres relativos podem ser identificados através de uma visão analítica da obrigação[99]. Corresponde-lhes, do lado activo da relação, uma situação activa creditícia. Se se fala em dever relativo pressupõe-se a existência de um direito a uma prestação. Nestes casos, as finalidades da parte activa só podem ser atingidas através da "colaboração dos seus semelhantes"[100]. Porque as duas posições são "simétricas no sentido de projecções uma da outra"[101], pode afirmar-se a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos investidos, respectivamente, nas situações activa e passiva.

Dificilmente poderemos enquadrar os deveres processuais nesta categoria. Na verdade, não há nenhuma situação jurídica da parte, cuja satisfação dependa de uma colaboração efectiva da parte contrária. Com excepção do dever de cooperação em sede probatória, cuja violação desencadeia consequências que permitem equipará-lo a um ónus, em nenhum dos outros deveres podemos

96. Preferimos esta designação, no caso dos deveres processuais, à de deveres funcionais, na medida em que a parte não fica adstrita a estes deveres por assumir uma determinada função, mas por ocupar uma determinada posição institucional. Sobre a designação *deveres funcionais,* Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 60.I.
97. Oliveira Ascensão, *As relações jurídicas reais,* Morais Editora, Lisboa, 1962, n. 33.II.
98. Oliveira Ascensão, *As relações jurídicas reais,* n. 33.III.
99. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n 56.II.
100. Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar,* p. 56.
101. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 57.II.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION800 800 4/10/2007 14:41:19

encontrar uma posição activa traduzida no direito a uma prestação. A satisfação dos interesses da parte não depende do desenvolvimento de uma qualquer actividade pela parte contrária, mas do exercício da função jurisdicional pelo tribunal.

27. Mas antes de afastarmos a qualificação dos deveres processuais como situações jurídicas que se contraporiam a um direito a uma prestação da parte contrária, perguntemos porque são impostos os deveres processuais.

Para tutelar interesses da parte contrária? Para tutelar também interesses da parte contrária? Para tutelar interesses que não podem afectar-se à parte contrária?

Se observarmos o dever de cooperação, verificaremos que o legislador não afirma estarem as partes adstritas a tal vinculação em benefício dos restantes intervenientes processuais. Ao invés, o art. 266/1 dispõe que os magistrados, os mandatários e as partes devem cooperar entre si para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. O valor directamente tutelado pela imposição do dever de cooperação parece ser, consequentemente, a realização da justiça.

Também o comportamento de boa fé é essencial à realização da justiça. Resulta do art. 456 do CPC que a submissão da parte ao dever de litigar de boa fé visa, em primeira linha, impedir que se faça um uso reprovável dos meios processuais. Esta a razão que permite a condenação da parte em multa. Mais uma vez a posição da parte contrária não é tutelada directamente.

O mesmo se pode dizer do dever de correcção. Pretende-se que a actuação processual decorra com civilidade, dignificando-se o exercício do direito de acção. Não é tanto a parte contrária ou a pessoa do magistrado que são directamente tuteladas, mas a instituição judicial em si.

Estes elementos parecem indiciar que os deveres não são directamente impostos para tutelar uma concreta situação da parte contrária.

Será mais um elemento que tende a equiparar os deveres processuais a deveres genéricos.

28. Mas há que analisar mais um aspecto do regime dos deveres processuais.

Que consequências resultam da violação dos diferentes deveres que impendem sobre as partes?

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION801 801 4/10/2007 14:41:19

Sendo violado o dever de cooperação previsto no art. 266/3, o tribunal valorará o comportamento omissivo da parte para efeitos probatórios, podendo ocorrer uma inversão do ónus da prova se a conduta omissiva impediu a parte contrária de fazer prova[102] (v.g. não apresentação de documento em poder da parte não onerada, que possibilitaria a prova do facto pela parte onerada). Este o regime do art. 519/2, 2ª parte. A circunstância de à violação do dever de cooperação em sede probatória corresponder uma inversão do ónus da prova pode ser lida no sentido de este dever ser, afinal, não um verdadeiro dever, mas um ónus: a parte tem de colaborar, sob pena de ser desencadeado um efeito que a desfavorece. Esta consequência é bem distinta do regime paradigmático associado ao incumprimento de um dever. Mas ela constitui, no fundo, a ameaça mais eficaz contra a violação do designado dever de cooperar: a parte vê-se colocada numa situação processual desfavorável.

Sendo violado o dever de cooperação previsto no art. 266/1 ou o dever de boa fé processual (em outra modalidade que não a violação do dever de cooperação), o comportamento processual é qualificado como um comportamento de má fé.

Para além de outras consequências (como seja, por exemplo, a não admissão de actos ou de pretensões, que tenham natureza estritamente dilatória), a parte será condenada em multa. A multa tem natureza puramente punitiva, não lhe presidindo qualquer escopo reintegrativo. É uma pena civil[103].

No entanto, se a conduta lesiva tiver ocasionado despesas para a parte contrária (v.g. se uma das partes se recusa sistematicamente a sujeitar-se a inspecções marcadas pelo tribunal, às quais deveria estar presente o mandatário da parte contrária, as despesas por esta suportadas com as deslocações infrutíferas do seu mandatário deverão ser reembolsadas), a parte será ainda condenada em indemnização.

Esta indemnização permite falar na preexistência de uma posição relativa da parte contrária que, sendo violada pela adopção de um comportamento de má fé, desencadeia a obrigação de indemnizar?

Haja ou não relação, uma conclusão podemos ter por segura. Quando a lei impõe a obrigação de indemnizar, há uma situação jurídica da parte lesada que é juridicamente tutelada porque foi violado um dever imposto à parte contrária.

---

102. Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil,* p. 64.
103. Oliveira Ascensão, *O Direito,* n. 32.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION802 802 4/10/2007 14:41:19

De aqui ainda não se segue que as posições antitéticas sejam relativas. Relembremos o que atrás dissemos. As situações jurídicas absolutas podem, a certa altura, comportar relações. Mas estas situações jurídicas relativas não integram o conteúdo da situação jurídica absoluta.

Pelo que, da existência eventual de uma relação não se pode inferir a preexistência de uma relação entre a parte obrigada a indemnizar e a parte contrária[104].

A responsabilidade processual[105] não é contratual. Entre as partes não há qualquer contrato do qual tenha resultado a imposição dos deveres processuais. Estes são estabelecidos heteronomamente, não pressupondo uma relação contratual.

Também não é uma responsabilidade pelo risco, apesar de a actividade processual poder considerar-se particularmente perigosa[106]. Nem uma mera reposição de um estado de coisas, que seja independente de uma valoração da conduta do agente[107]. Com efeito, para que se concretize a obrigação de indemnizar, exige o art. 456 do CPC que o lesante tenha actuado com dolo ou negligência grave.

Consequentemente, a responsabilidade prevista no art. 456 do CPC é uma responsabilidade por facto ilícito[108].

29. Será o dever processual uma situação jurídica absoluta?

A recondução da responsabilidade processual à categoria da responsabilidade por facto ilícito não decorrente da violação de um contrato seria mais um dado que apontaria neste sentido. As disposições que impõem os deveres processuais funcionariam como normas de protecção da parte contrária[109]. Esta não seria investida num direito subjectivo, mas gozaria de uma protecção reflexa[110]. Estes interesses, uma vez violados, desencadeariam a obrigação de indemnizar.

---

104. Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção,* Coimbra, 1994, p. 126 e segs.; *Uma "terceira via",* Almedina, Coimbra, 1997, p. 31.
105. Distinguindo na responsabilidade processual uma responsabilidade objectiva, correspondente à obrigação de reembolso, e uma responsabilidade subjectiva, correspondente à obrigação de indemnizar, Luso Soares, A responsabilidade processual civil, p. 100 e segs..
106. Luso Soares, *A responsabilidade processual civil* n. 45 e segs., equipara a responsabilidade pelas custas a uma responsabilidade objectiva.
107. Oliveira Ascensão, *Concorrência desleal,* G.III.5; Direitos Reais, n. 117; *Responsabilidade civil e relações de vizinhança,* p. 93 e segs.; Adelaide Menezes Leitão, *Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal,* Almedina, Coimbra, 2000, § 8; Paula Costa e Silva, *Meios de reacção civil à concorrência desleal,* Almedina, Coimbra, 1997, p. 99 e seg..
108. Walter Zeiss, *Schadensersatzpflichten aus prozessualem Verhalten,* NJW, 1967, 701-709, p. 707-708.
109. Adelaide Menezes Leitão, *Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal,* § 9.1.
110. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n.52.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION803 803 4/10/2007 14:41:20

Teremos, deste modo, de afastar a possibilidade de qualificação do dever processual como uma situação jurídica relativa contraposta a um direito da parte contrária a uma prestação.

Mas parece-nos que pode haver uma outra hipótese de observação dos deveres processuais. Vimos que estes deveres não impendem sobre a parte porque decorrentes de um acto de autonomia, mas na medida em que a lei assim o declara heteronomamente. Estes deveres processuais não permitem identificar como posição relativa um direito a uma prestação. Poderão os deveres processuais ser equiparados a deveres relativos de conduta que, não pressupondo um vínculo contratual entre as partes, permitem fundar uma relação entre o obrigado ao dever e o beneficiário da protecção?

Quando falamos numa terceira hipótese de observação da situação jurídica passiva dever, para nela integrarmos os deveres de conduta sem prestação, não pretendemos afirmar que haja que ampliar as categorias identificadas genericamente pela teoria geral do direito quando nesta se contrapõem os deveres relativos aos deveres absolutos. Na verdade, se estas situações jurídicas passivas são relativas, mesmo que se não confundam com o dever primário de prestar nem o pressuponham, e mesmo que se admita que, apesar da respectiva relatividade, não pressupõem qualquer contrato[111], fundando-se directamente na lei, deverão ser integradas na categoria dos deveres relativos. Não há que falar numa terceira categoria de deveres, mas apenas que chamar a atenção para a circunstância de os deveres relativos não se esgotarem no dever de prestar.

Porque estes deveres foram primariamente identificados no domínio das obrigações, a figura mais desenvolvida neste domínio é a das relações obrigacionais sem deveres primários de prestação[112].

Situações como a culpa in contrahendo, a responsabilidade por prestação de informações, o contrato com eficácia de protecção para terceiro[113], levaram a doutrina a interrogar-se[114] sobre se a responsabilidade contratual e a responsabilidade

111. Para uma crítica às construções que visam encontrar um fundamento autónomo para os deveres de conduta relativos sem dever de primário de prestar, Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção,* n. 6 e segs..
112. Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção,* p. 97 e segs. e passim; *Uma "terceira via",* p. 31; *"Vinho novo",* p. 673 e 677; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts,* I, C.H. Beck, München 1987, § 9; Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações,* Almedina, Coimbra, 1989, p. 514 e segs..
113. Para uma mais completa enunciação das situações que poderiam explicar-se através da figura do dever de protecção, Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção,* n. 9.
114. Segundo Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações,* p. 507, "todas as doutrinas parecem partir do fundo comum da aceitação das soluções a que chega a jurisprudência dominante na Alemanha, que apenas pretendem fundamentar de um modo mais adequado."

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION804 804 4/10/2007 14:41:20

por factos ilícitos (para além da responsabilidade pelo risco, que agora não está em equação) esgotariam o universo de situações em que um dano pode ser transferido da esfera de quem o sofre para a esfera daquele que o causou. Nisto se traduz a obrigação de indemnizar[115]. O que as diversas situações, relativamente às quais a doutrina ia admitindo a existência de deveres de conduta que, sendo violados, desencadeariam a obrigação de indemnizar, apresentavam de comum, é que em todas elas estes deveres eram impostos por lei e não dependiam de um acto de autonomia, não havendo qualquer acordo que pudesse sustentar um dever primário de realizar uma prestação.

A doutrina nacional encontra-se profundamente dividida quanto à aceitação de um novo tipo de responsabilidade, que vem sendo designada de responsabilidade intermédia[116]. A sua admissão rompe a dicotomia responsabilidade contratual/responsabilidade extra-contratual prevista na lei. Estaríamos perante um novo título de imputação de danos, cujo fundamento específico imporia a construção de um regime próprio (v.g. responsabilidade pelos actos de auxiliares, responsabilidade por omissão, inversão do ónus da prova quanto à culpa, dano indemnizável) e não uma simples adaptação dos regimes previstos na lei. Tendo em atenção que este regime teria pontos comuns com o regime da responsabilidade contratual e pontos de proximidade em relação ao regime da responsabilidade por factos ilícitos, seria uma responsabilidade intermédia.

Não haverá que tomar aqui posição quanto à admissão ou não admissão genérica deste novo tipo de responsabilidade.

Mas já não se pode deixar de ponderar se a admissão de deveres específicos, que pressupõem uma ligação especial entre duas ou mais pessoas, e que, segundo Carneiro da Frada, não se esgotam no "universo dos contratos"[117], não impõe que, ao lado dos deveres absolutos e dos deveres relativos, identificados estes últimos com a obrigação, não é possível encontrar uma categoria, de aplicação universal, que seriam os deveres relativos diversos da obrigação.

O que esta qualificação tem de aliciante, se projectada na esfera dos deveres processuais, é a respectiva correspondência a uma espécie de pré-compreensão destes deveres. Os deveres processuais aparecem-nos efectivamente ligados à posição específica que os sujeitos processuais ocupam um em face do outro.

115. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil,* I, I, n. 86 e seg..
116. Referindo a problemática dos deveres de protecção a propósito da culpa in contrahendo, sem tomar posição quanto à admissão de uma terceira via de responsabilidade, Oliveira Ascensão, *Teoria geral do direito civil,* II, n. 225.II; Mota Pinto, *Cessão da posição contratual,* Almedina, Coimbra, 1982, n. 55.
117. Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção,* p. 101.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION805 805 4/10/2007 14:41:20

As partes processuais estão adstritas aos deveres numa situação de inegável afinidade.

Ora, o que os deveres de protecção ou deveres relativos apresentam de paradigmático é a circunstância de recaírem heteronomamente sobre sujeitos determinados para tutelarem os interesses de terceiros porque entre eles existe uma ligação especial e por causa desta ligação especial. O que distinguirá o dever relativo do dever genérico é a situação peculiar em que se encontram o obrigado ao respectivo acatamento e o beneficiário da protecção. Enquanto o dever genérico vincula qualquer um, o dever relativo não identificável com o dever de prestar impende exclusivamente sobre sujeitos determinados, beneficiando também sujeitos determinados, sendo instituído porque existe entre eles uma ligação particular[118].

Se pensarmos nos deveres processuais compreendemos, de imediato, que eles existem e têm o seu conteúdo moldado pela situação particular em que os sujeitos processuais se encontram. Apesar de essencialmente ordenados à boa administração da justiça, estes deveres são instituídos também em benefício da parte contrária.

Os deveres processuais pareceriam ser, assim, deveres relativos. Seriam deveres de conduta impostos porque existe uma ligação particular entre sujeitos determinados e tendo em atenção essa ligação particular.

Mas há que colocar mais duas questões antes de chegarmos a uma conclusão definitiva.

Há pouco referimos que não bastaria, para qualificar um dever como relativo, a circunstância de ele impender apenas sobre sujeitos que estão em dada situação.

Assim acontecia com o accionista. Este vê impender sobre si um conjunto de deveres, que não vinculam o não accionista.

Como se distinguem agora aqueles deveres relativos destes deveres que impendem sobre alguém que se encontra investido numa dada qualidade?

A primeira resposta que ocorre é a de que se não distinguem. Aquilo que até aqui ainda era reconduzido à categoria dos deveres genéricos passaria a integrar a categoria dos deveres relativos diversos do dever de prestar.

118. Em crítica à fundamentação do dever especial na confiança, Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, p. 503 e segs.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION806 806 4/10/2007 14:41:20

Mas as duas situações são, de facto, distintas.

No caso dos deveres sociais, estes vinculam aquele que adquire determinada qualidade, tendo em atenção exclusivamente essa qualidade. É evidente que, também neste caso, o dever não é arbitrariamente imposto. Haverá valores tutelados através da imposição do dever. Mas estes deveres não são heteronomamente fixados em atenção a uma situação particular que se estabeleça entre o accionista e um terceiro, que possa considerar-se beneficiário directo da protecção.

Ao invés, os deveres relativos diversos do dever de prestar são impostos tendo em atenção, não propriamente uma qualidade do sujeito, mas a ligação particular que esse sujeito tem com outrem, pressupondo aquela qualidade.

Num caso, a qualidade do sujeito é o ponto de referência do dever; no outro, o ponto de referência é a ligação especial. Num caso, os deveres dependem exclusivamente de uma qualidade; no outro, dependem de uma qualidade que releva numa situação concreta.

E como se distinguirá a situação reflexamente protegida da situação em que se encontra o beneficiário dos deveres relativos sem obrigação prestar?

Mais uma vez, a diferença parece residir no fundamento da protecção. Enquanto que no dever relativo, que se não identifica com o dever de prestar, a situação activa funda-se na existência de uma ligação especial, não gozando o beneficiário de uma protecção reflexa, mas de uma protecção imediata, na situação abrangida por uma norma de protecção o interesse tutelado é-o independentemente de qualquer ligação especial entre sujeitos determinados. Neste caso, a protecção não se funda na situação concreta em que se encontram determinados sujeitos por relação com outros sujeitos.

Serão os deveres processuais impostos por causa de uma ligação especial? Ou serão estes deveres impostos no âmbito de uma ligação especial?

Os dados que até aqui coligimos apontam no sentido de os deveres processuais surgirem porque as partes ocupam determinadas posições, porque têm determinada qualidade, e não por causa de uma ligação especial que entre elas se estabeleça. Não é a ligação especial entre as partes que fundamenta os deveres processuais. Estes apresentam-se-nos como deveres institucionais absolutos.

Do que antecede p oderemos concluir que os deveres processuais são situações jurídicas absolutas, e não situações jurídicas relativas, mesmo que dentro destas se incluam as situações relativas sem dever primário de prestar.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION807 807 4/10/2007 14:41:20

30. Tínhamos partido para a análise que nos ocupou no presente parágrafo de uma interrogação: podem identificar-se situações jurídicas processuais relativas?

Apresentar uma conclusão significa sumariar os diferentes resultados parcelares a que fomos chegando.

E, aqui, a resposta tem ser dada em dois planos.

No que respeita à existência de relações jurídicas entre as partes e o tribunal, estas existem efectivamente e fundam-se no direito de acção. Com fundamento nesta situação jurídica, podemos afirmar que o processo determina a constituição de duas relações, estabelecendo-se cada uma delas entre cada uma das partes e o tribunal[119].

Por outro lado, o direito de acção, observado no confronto da parte contrária, pode ser qualificado como um direito potestativo, ao qual se contraporá o estado de sujeição do demandado. Da simetria entre direito potestativo e sujeição se pode concluir que esta situação jurídica permite ordenar as partes em relação[120]. Ao invés, as situações jurídicas passivas em que as partes são investidas ao longo do processo não se contrapõem a direitos a uma prestação nem devem ser qualificadas como deveres de protecção. Pelo que estas situações jurídicas passivas, não permitindo identificar situações activas que lhes correspondam, não permitem também identificar a existência de situações jurídicas relativas entre as partes.

119. Alberto dos Reis, que não reconhece a existência de relações jurídicas entre as partes, dirá que "a relação processual é uma relação jurídica complexa (...) porque é formada por duas relações que se desenvolvem paralelamente – a relação jurídica de acção e a relação jurídica de contradição." Processo ordinário e sumário, 1º vol., p. 153.

120. Assim, Castro Mendes, *O direito de acção judicial,* p. 81; Teiichiro Nakano, *Das Prozeßrechtsverhältnis,* p. 110.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION808 808 4/10/2007 14:41:21

CAPÍTULO XXXI

COMPARATIVE PROCEDURE LAW[1]

Peter Gilles*

Contents: I. Preliminary Remarks – II. Comparative Procedure Law as a Separate Branch of Comparative Law: 1. Comparison as Day-to-Day Thought and Action; 2. Comparison as Day-to-Day Business of Jurists; 3. Comparative Law as a Field of Teaching and Research; 4. The Upsurge of Comparative Procedure Law as its own Discipline – III. General Comparative Law as a Basis for a Fundamental Understanding of Comparative Procedure Law: 1. "Comparative Law" and "Comparative Procedure Law" as Embodiments of a Host of Multidisciplinary and Interdisciplinary Methods; 2. "Law" and "Procedure Law" as Embodiments of a Host of Normative, Operative, and Factual Objects of Comparison; 3. Tasks, Goals, and Purposes of Comparative Procedure Law; 4. Achievements, Value, and Beneficial Effects of Comparative Procedure Law; 5. Barriers, Risks, and Deficiencies of Comparative Procedure Law – IV. Unique Features and Growing Significance of Comparative Procedure Law – V. Closing Remarks.

I. PRELIMINARY REMARKS

For **comparative law** in general and for comparative private law in particular, there is a great wealth of literature on the market, both at home and abroad. Indeed, one can hardly keep a manageable oversight of all the literature. Within the plethora of literature, there are many studies which address fundamental issues of these disciplines, or at least which are regarded as such.

Much different, however, is the **state of literature** regarding **comparative procedure law,** especially comparative civil procedure law. Although there is an abundance of specific studies and projects about comparative procedure law which discuss many different procedure law and/or civil procedure law phenomena, there are only a few studies, both at home and abroad, which recognize in a more fundamental manner or, very specifically, which address the theoretical-methodological fundamental questions of this still relatively young branch of comparative law. As far as the older literature regarding the fundamental character or the uniqueness, the goals, and the meaning of comparative procedure law is

(*) Professor Catedrático de Direito Processual da Faculdade de Direito da Johann Wolfgang Göethe-Universität de Frankfurt – Alemanha.

1. Translated from German to English by Christian Bernd, J.D .(American University of Washington D.C.), LLM. (Frankfurt a.M.)

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION809 809 4/10/2007 14:41:21

concerned, one only finds a few reflections by David,[2] an open letter from Cappelletti[3] to Schima, or a relatively modest introduction by Habscheid[4] on various objects of comparison of civil procedure law (1985). In addition, Gottwald, in the Festschrift for Schlosser on comparative civil procedure law (2004), has more recently addressed concrete and specific projects. Among the more fundamental comments about the topic, one must certainly include the two general reports and a few of the national reports from the 10th world conference on procedure law in Taormina in 1995, as well as the book "Prozessrechtsvergleichung" [Comparative Procedure Law] of 1996.[5] To my knowledge, this is the only book on the market which bears the explicit title of "comparative procedure law." However, the book does not offer me any new insights, as I authored the book myself.

My book on comparative procedure law has its origin in one of the two general reports regarding the topic "Special Features of Comparative Procedural Law/Spécificés du Droit Judiciaire Comparé" for the world conference of the *International Association of Procedural Law* in Taormina (Sicily, Italy) in the year 1995,[6] which, in turn, was based on 16 national reports. To my knowledge, this was the first time at a law conference in which a great number of authors discussed fundamental questions of comparative procedure law in a more thorough and comprehensive manner. A great audience of experts, consisting of hundreds of participants from approximately 50 nations, took part in the discussions.

Therefore, Taormina 1995 can quite rightly be considered the "**birth hour**" of **comparative procedure law as its own distinct field**.[7] But, unfortunately, this very young (if not the youngest) offspring of comparative law has not developed much since then, and has hardly even been mentioned in studies about international procedure law[8] or European civil procedure law.[9]

---

2. DAVID. De l'importance d'etudes comperatives relatives a la procedure. *In: Estudiso Juridicos Memoria de Eduardo J.Couture* (Uruguay), 1957, pp. 929 ff.
3. CAPPELLETTI. *An open letter to Hans Schima about the need, the difficulties and the purposes of comparative civil procedure* (Austria), 1969, pp. 125 ff.
4. HABSCHEID. *Introducione al Diritto Procesuale Civile Comparato* (Italy), 1985.
5. GILLES. *Prozessrechtsvergleichung/Comparative Procedure Law* (Germany), 1996.
6. See ANDOLINA, Italo (ed.). *Transnational Aspects of Procedural Law,* General Reports X. World. *Congress on Procedural Law in Taormina,* 1995, Volumes I – III, University of Catania, 1998; GILLES, Peter (ed.), *Transnationales Prozessrecht,* Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz fuer Prozessrecht in Taormina/Sizilien (Germany), 1995.
7. See KOCH. Einfuehrung in das europaeische Zivilprozessrecht. *In: JuS 2003,* pp. 105 ff. (p. 111 n. 50); ANDOLINA, (FN 5); see also GILLES, (FN 5), p. 4.
8. Compare, e.g., SCHACK. *Internationales Zivilverfahrensrecht* (Germany), 3d ed. 2002, pp. 9f. Rz 28: *Die Prozessrechtsvergleichung ist erst in den letzten Jahren in Fahrt gekommen… Bis vor kurzem vorherrschendes Desinteresse an der Prozessrechtsvergleichung*.
9. KOCH (FN 6): *Die Prozessrechtswissenschaft … stellt sich der Rechtsvergleichung erst in neuerer Zeit.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION810 810 4/10/2007 14:41:21

Whether this deplorable situation will improve as a result of the planned round table discussions in Catania (Sicily, Italy) in 2006 on the topic "International Aspects of Procedural Law: Ten Years after Taormina" remains to be seen.

In short: The **state of publications** on comparative procedure law is still **deficient** and, accordingly, an understanding of the topic is only possible along very thin lines, which do not even include either accepted or rejected theories in the literature.

In order to avoid any possible misconceptions, I would at this point like to emphasize, once again, the **title** and **contents** of this article: This article is not about presenting a certain comparative procedure law project or describing/outlining so-called "concrete" comparative procedure law studies, but rather this article is focused on **comparative procedure law** in its **theoretical-methodological context**.

II. COMPARATIVE PROCEDURE LAW AS A SEPARATE BRANCH OF GENERAL COMPARATIVE LAW

Of course, the independent and unique discipline of comparative procedure law – with regard to the topic of research, the methods of research, and also the purposes of research – does not differ at all (or perhaps only minimally) in its fundamental structure and fundamental function from the more comprehensive general **comparative law**.

Comparative law, in turn, is a **fundamental discipline of law**, a specialized branch of **comparative studies** as such. Or, to phrase it less theoretically, comparative law is quite simply a particular variety of human behavior and thought. Colloquially, one could plainly speak of "**comparison**."

Such day-to-day comparison is by no means only controlled by reason, knowledge, and understanding, as the case may be when jurists undertake comparative law. To the contrary, all of the human senses (seeing, hearing, smelling, tasting, feeling, etc.) are taken into consideration as controlling factors in day-to-day life. Even machines and computers are nowadays certainly in the position to compare information or data (a few examples may include electronic dating or electronic processing of customer data for advertising purposes by way of specific customer characteristic comparisons).

If one ventures at a **definition**, then this comparison consists – very generally formulated – of comprehension or experience of two or more real or ideal

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION811 811 4/10/2007 14:41:21

phenomena in the sense of objects of comparison, which are then placed in a certain relation to one another from an unconnected point of reference (so-called tertium comparationis) under a comparison of single or comprehensive characteristics of those phenomena. The goal is to determine if the objects of comparison are the same or at least similar. If it should then turn out from this operation that such compared phenomena are different or dissimilar or if they yield certain differences or variations, then this strictly speaking means a negative result. This is so because, at least according to the literal meaning of comparison, the goal of the operation is to determine the similarities and not the dissimilarities.

1. Comparison as day-to-day thought and action

It is of no interest here to look at what is compared in day-to-day life – the who, what, where, and when – such as shop prices, quality of products, promotional offers, television programs, transportation connections, beauty queens, tuition fees, or course offerings. However, there is an interesting aspect here for jurists, namely the "non-comparison" or rather the **incomparability**, which can be found in outright false common assumptions and expressions. It is said, for example, that "apples and oranges" cannot be compared to one another, and certainly not "elephants and flies", and – similarly – civil and common law, or socialist and capitalist law, or North Korea and South Korea. Whoever assumes or says this has, after all, already undertaken a comparison or could at any rate only justify it on the basis of a comparison. This also applies to those who admire the "unequivocal beauty", say, of Argentinean women, or the feminist saying from the German students' movement in the 1960s: "A woman without a man is like a fish without a bicycle" (the saying seems at first wholly non-sensical, but upon closer examination it reveals a deeper meaning).

In the case of both of the latter examples, it is not the comparability as such which is questionable, but rather the meaning and usefulness of a comparison between these supposedly incomparable phenomena.

2. Comparison as day-to-day business of jurists

When one speaks of **comparison in a legal context**, that is, the comparison of "law" (whatever that may mean) by jurists or in a legal "way", then one should be clear that even within **legal professions** such as judge, as lawyer, as law professor etc. this is something entirely in the realm of **day-to-day** routine. Constantly, there are comparisons being made between one article to another, one section or clause from a legal norm to another, opinions in scholarly litera-

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION812 812 4/10/2007 14:41:22

ture to one another or to judicial opinions, complaints to replies, testimony of one witness to another, legal guidelines both before and after modification, legal norms in various interpretations, the Korean translation of a legal text to the German translation, and much more.

But: All of that has nothing to do with "comparative law," as it is generally defined and understood.

3. Comparative law as a field of teaching and research

For the guild of those who undertake comparative law, who like to view their field as the "secret world empire of jurisprudence" and who view themselves – however arrogant and elitist – as "global jurists" and "Crème de la Crème of legal scholars," or who at least would like to convey the impression that in this guild the "great intellects of law" are assembled,[10] the **field of comparative law** first begins then and there, and when and where the law of historical **epochs** ("**historical comparative law**") is compared (such as comparing modern German law to previous general law and this in turn to Roman law), or first then and there, and when and where the comparison of law of various **nations** is concerned ("**binational and multinational comparative law**").

Typical for the latter are the countless international conferences by international organizations of comparative law, in particular the numerous world conferences of the *International Association of Procedural Law*, such as its last world conference in Mexico City in 2003 and its upcoming one in Bahia, San Salvador in 2007. At each of the conferences, a large number of national reporters have compiled (and will continue to compile) **national reports** about various legal topics. Then, it is up to the general reporters to compare these national reports to one another in whatever manner. The actual duty of the general reporters is not (or should not be) to deliver mere summaries, but rather to develop transnational or supranational insights.

In comparative studies of any topic in comparative procedure law, it is also usually customary to compare one's own familiar **national procedure law** to that of another country or several other countries. Examples from my own area of concentration would include Moon-Hyuck Ho's[11] comparison of Korean civil

10. See STUERNER. Die Rezeption US-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland. *In: Festschrift fuer Rebmann,* 1989, pp. 839 ff. (840); see also GILLES, *Prozessrechtsvergleichung* (FN 5), p. 18 & n. 26.
11. MOON-HYUCK HO. *Korea und das deutsche Zivilprozessrecht.* In: HABSCHEID (ed.). *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen,* 1991, pp. 448 ff; see also HO/

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION813 813 4/10/2007 14:41:22

procedure law to German civil procedure law, or my very own comparison of German civil procedure law to Korean civil procedure law.

Furthermore, for binational and especially **multinational comparative law** it is still typical to group national laws, including procedure law, into various so-called **legal families**,[12] **legal circles**, and recently the somewhat more encompassing **legal cultures**.[13] This traditional way of thinking, namely in legal circles, does not seem to fit in our modern-day world of progressive internationalization and globalization (even for law) any more. It is also difficult to recognize what advantages such a way of thinking might or ever did possess (considering the defining of one's own, or comparing one's own to one's own dissimilarities), and whether the usefulness of grouping national laws into legal families has ever outweighed the harm it may have caused.[14]

One thing in this connection is at least certain: An emphasized national view or even a superiority way of thinking, or espousing any excessive psychic, emotional, ideological, political, cultural, or historical ties to a certain (namely one's own) legal family proves to be more obstructive than conducive to an impartial comparison of procedure law.

4. The Upsurge of Comparative Procedure Law as its own Discipline

Although the path has – for the most part – been rocky for the partially tried methodological-theoretical permeation of comparative procedure law as an independent and relatively young branch of comparative law (the same also applies to general comparative law), there is nevertheless a realization that comparative procedure law as an independent discipline of law is on the rise. However, it will certainly take some time for this discipline to find the same scholarly, practical, and political recognition as, for example, comparative private law, which for quite some time has enjoyed the status of being at the core and being the original area of general comparative law.

GILLES (ed.). *Studies in International Civil Procedure/Comparative Study of Civil Procedure,* Seoul National University, College of Law, 2004; HO/GILLES (ed.), *Studies in Civil Procedure,* Seoul National University, College of Law, 2004.

12. More recently, see KOJIMA, *Legal families in procedural law, revisited/Recrupement des familles juridiques et en un droit judiciaire*. (General report), *in:* ANDOLINA, (FN 6)…; see also KOCH, *Neuordnung der Rechtsfamilien im Prozessrecht.* Die Lehr von den Rechtskreisen (Rechtsfamilien) und das deutsche Zivilprozessrecht, *in:* GILLES (ed.), *Transnationales Prozessrecht. Deutsche Landesberichte zum X. Weltkongress fuer Prozessrecht in Taormina,* Sizilien, 1995, pp. 119 ff.
13. Of late, see STUERNER, *Eroeffnungsvortrag, in:* GILLES/PFEIFFER (ed.), *Prozessrecht und Rechtskulturen, Eroeffnungsvortrag und Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz fuer Prozessrecht in Mexiko City,* Mexiko 2003, pp. 9ff.
14. Already expounded *in:* GILLES (FN 4), p. 112 & n. 164.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION814 814 4/10/2007 14:41:22

III. GENERAL COMPARATIVE LAW AS A BASIS FOR A FUNDAMENTAL UNDERSTANDING OF COMPARATIVE PROCEDURE LAW

Now to the fundamental understanding of comparative procedure law, as it is understood by its method through the so-described means of thought and practice, by its object (namely procedure law), by its functions, and by its value. The risks and deficiencies of comparative procedure law undertakings will also be addressed.

1. "Comparative Law" and "Comparative Procedure Law" as embodiments of a host of multidisciplinary and interdisciplinary methods

If one searches for a fundamental understanding of comparative procedure law, just as the case is regarding comparative law in general as well, then, in my view, one must identify – for the specific views and comments regarding the reasons or causes of comparison of the specific comparative study ("approaches," "starting points", "catalysts", "impulses", "factors", "determinants") – the law in its entire or universal object including its individual features (objects of comparison) and its general goals including its intended results; the specific structures, the prototypical specific thought and working steps (operations) of comparison and its procedure; the achievement of the targeted results including the intended results and, accordingly, the connected or even unintended results (functions); and finally the ramifications (effects, consequences, achievements, value). In addition to those areas of fundamental comprehension belong all other relations too, i.e., all connections between definition, origin, description, justification, assessment, or utilization to the aforementioned elements which, admittedly, hardly exist. The answer to the crucial question of law would also have to belong to this fundamental comprehension, namely the question of how comparative law as a legal method or discipline corresponds to other areas of law, how it corresponds to legal history, legal theory, legal methodology, legal sociology, legal fact research, legal economics of legal politics, history, linguistics, anthropology, ethnology, statistics, demoscopics, prognostics, psychology etc., so-called partner disciplines, neighbor disciplines, or helpful disciplines, such as legal sociology or international law, and especially also to the so-called partner or neighbor disciplines of law, for example sociology, economics, and political science.[15]

15. Compare especially DROBNIG/REHBINDER (ed.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung,* 1976; MARTINY, Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtssoziologie, *Zeitschrift fuer Rechtssoziologie,* 1980, pp. 65 ff.; KOETZ, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, *JZ 1992*, pp. 20 ff.; KROPPHOLLER, Die vergleichende Methode und das internationale Privatrecht, *in:* Madlener (ed.), *Deutsche Nationalberichte zum X. Internationalen Kongress fuer Rechtsvergleichung,* Budapest,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION815 815 4/10/2007 14:41:22

The task of further researching all of this in detail would be wholly overwhelming for me in the limited scope of this article. Rather, I would like to highlight a particular viewpoint of my own, namely that all scholars of comparative law have failed to understand and to describe comparative law as a universal or comprehensive method, or as an autonomous, self-propelled, and self-contained area of research or discipline. Accordingly, one should finally abandon such completely unrealistic and illusionary notions and goals. For comparative law in general and for comparative procedure law in particular, it should finally be recognized that comparative law and, accordingly, also comparative procedure law are merely embodiments of a host of very differing monodisciplinary, interdisciplinary, or multidisciplinary methods, or – perhaps even without any scholarly ambitions – plain practices and techniques. Each of which should be recognized from one comparison project to another differently, alone, next to, or together. The quality of such comparative studies also depends, of course, on the knowledge and skills of the various individuals, working groups, organizations, institutions, legal scholars, legal practitioners, legal politicians etc. Even the so-called "functional method", which is so highly regarded by many, is but one method – albeit an important one – among many others within the field comparative law.

At any rate, the most penurious or even most paltry form of comparative law – if one can even call it this – is a mere balancing of statutory formulations of norms of one's own country to those of another country. In other words, a pure "comparison of texts"[16] as a linguistic-semantic operation, or even a plain list of some normative or otherwise legal similarities or dissimilarities without any further thought-out consequences, as has unfortunately become common not only within comparative law, but meanwhile also in the growing fields of assimilation of law or unification of law.[17]

2. "Law" and "Procedure Law" as embodiments of a host of normative, operative, and factual objects of comparison

As far as the object of comparative law (that is, "procedure law") is concerned, Stuerner/Stadler[18] have expressed not long ago that procedure law is a

1978, pp. 1 ff.; VON BENDER-BECKMANN, Einige Bemerkungen ueber die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, *Zeitschrift fuer vergleichende Rechtswissenschaft 78* (1979), pp. 51 ff.; see the numerous proofs at GILLES (FN 4), pp. 17 ff.

16. Compare especially HERBERT ROTH. Vorschlaege der Kommission fuer ein europaeisches Zivilprozessbuch, *in: ZZP 109* (1996), pp. 271ff.
17. For further proofs see GILLES, Vereinheitlichung und Angleichung unterschiedlicher nationaler Rechte – Die Europaeisierung des Zivilprozessrechts als Beispiel, *in: ZZPInt 7* (2003), pp. 3 ff (especially pp.23 ff.).
18. STUERNER/STADLER, *in:* Gilles (ed.), Transnationales Prozessrecht (FN 5).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION816 816 4/10/2007 14:41:22

"comparatively small", "relatively well-settled", "defined and self-contained", or "relatively limited" field of law, which thus lends itself to a so-called "macro-comparison", whereas within the field of comparative procedure law it lends itself to a so-called "micro-comparison". This view cannot be shared in the face of the immense dimensions, the great complexity, and the interdisciplinary and multidisciplinary connections and categories. Procedure law and its scholars have long since, far beyond actual trial procedure law, taken in broad areas of so-called "normative procedure law", "operative procedure law", as well as "factual procedure law" in terms of relevant procedure law legal facts. And that to a once unfathomable degree! Under the term of procedure law, one now also includes the entire judicial law or "Droit du Judiciaire", and broad areas of at least the forensic legal professions, and much more. Furthermore, comparative procedure law has long ago taken in the broad field of so-called alternative justice or alternative dispute resolution (ADR) and all of its varieties (arbitration, mediation, consultation, negotiation). From now on, comparative procedure law will also have to pay attention, at least in Germany, to the newly introduced so-called "key qualifications" ("negotiation management", "dialogue skills", "rhetoric", "dispute resolution", "mediation", "taking of evidence", and "communication skills").[19] In the face of all of this, one surely cannot assume that procedure law is a narrow, limited, and closed area of law.

What all is included in comparative procedure law and what all is the object of comparative procedure law can only be incompletely listed here:

As far as the procedure law norm world[20] is concerned, procedure law consists – along with pure trial procedure law or the civil procedure laws of the most diverse jurisdictions – not only of judgment procedure law, but also of the law of interim legal protection and summary trials, due process and legal remedies, enforcement of judgments, ancillary rights and privileges of the most diverse nature, laws governing judicial personnel and the legal profession, and the various laws governing trial fees. Furthermore, procedure law consists not only of national law, but also of interlocal, interzonal, intranational or innernational procedure law, as well as the much more significant international procedure law (conflict of procedure laws) or even supranational procedure law (uniform procedure law, community procedure law), and customary procedure law and public international procedure law. Moreover, one should also mention the so-called

19. See GILLES, Zur neuesten deutschen Juristenausbildungsreform und ihren Bezuegen zum Universitaetsunterricht im Zivilverfahrensrecht, *Seoul Law Journal 2004;* GILLES/FISCHER, Juristenausbildung 2003, *in: NJW 2003,* pp. 707ff.
20. GILLES (FN 4), pp. 27ff.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION817 817 4/10/2007 14:41:23

judicial procedure law (as mentioned above), the entire jurisdiction law, the so-called constitutional procedure law or jurisdiction law or the jurisdictional or procedure constitutional law as well as its procedure and jurisdiction fundamental rights and/or human rights. In addition, a plethora of unwritten procedure law, so-called customary law, bench law, or case law, as well as codified or written procedure law along with a further area of so-called private or alternative procedure law and judicial law, forensic and/or professional procedure customs, practices, rites, guidelines, standards, codices, rules, and ethics, and many others.

A legal scholar who does not just confine himself to statutory rules (or so-called code law, law in the books, paper law, or black letter law), but rather who also concerns himself with law in its full and true meaning and in all of its social, economic, political, cultural, and other contexts (in other words the so-called law in action, living law, or practice law), cannot avoid including the so-called operative procedure law in addition to normative procedure law in his comparative study. In other words, the law in his respective national or transnational scholarly treatments, law in practice, legislative implementation, and law in politics treatments. In addition, the broad field of so-called factual procedure law in the sense of legal facts, in other words with all those realities and ideals which constitute, impact, and influence fields of judicial and procedural norms. As far as the so-called operative procedure law is concerned, procedure law research, just as procedure law practice and procedure law legislation in various countries and cultural circles, sometimes reveals very different development phases and development situations, which can make it difficult for comparative procedure law studies. For example, I have already tried to show what phases the German civil procedure scholarship has gone through, starting with a purely descriptive, then moving to a definition-constructive, academic-dogmatic-formalistic, materialistic, multidisciplinary and interdisciplinary phase, then moving to a legitimation theoretical and universal phase.[21]

The aforementioned "realities of procedure law"[22] as possible topics of comparative law studies might include the judiciary as "system of authority", "power potential", "service industry", "welfare institution", "bureaucracy", or "civil servant organization". Or a trial as a "form of conflict" "field of interaction" "information, communications, or data processing system", as "speech situation" and "language enclave", as "ritual" and "role-playing game", as "theater" and "drama", "business organization" and as "service provider". Along with the

21. Compare GILLES (FN 4), pp. 46ff.; *ders.,* Bedeutungszuwachs und Funktionswandel des Prozessrechts, *in: JuS 1981,* pp. 402ff.
22. More thoroughly, see GILLES (FN 4), pp. 38f.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION818 818 4/10/2007 14:41:23

"appreciation of the native and foreign", "attitudes" and "habits", "techniques" and "practices" of the players at trial and in the judiciary. The public's opinion of the judiciary and the courts, legal awareness and judicial experiences, and everything associated with the keywords "identification", "alienation", "acceptance", "distance", "public proximity", "trust", "authority", "comprehensibility", "humaneness", or "efficiency".[23]

However, concerning oneself with the aforementioned factual procedure law in view of the still underdeveloped empirical-legal sociological and legal economic research in Germany is extremely rare. In addition, the operative treatment of procedure law is often extremely inadequate when scholars of comparative law just consult, say, some commentaries or some textbooks regarding foreign law.

3. Tasks, goals, and purposes of comparative procedure law

As far as the goals and purposes of comparative procedure law are concerned, they do not differ greatly from those of general comparative law, but nevertheless there are some differences.

In as much as comparative procedure law is conducted renouncing any form of "utilitarianism" either in fact or supposedly, and in as much as its immediate main goal lies in discovering similarities and dissimilarities between the various objects of comparison, then the thus conceivable consequential purposes are not of interest here, even though these could very well be latently present.

The purposes of comparative law, which scholars of comparative law have advanced, and which can also be recognized in certain comparative projects, span from "gaining insight", "increasing understanding", "expanding one's horizons, arsenal of arguments, and alternative spectrum", to "intellectual amusement", "scholarly pleasure", "legal self-gratification", and "academic zestfulness", to "borrowing foreign authorities to support one's own arguments or to weaken adverse arguments of others", or to the "development of legal circles, legal families, and legal styles" by placing various laws in these categories, all the way to "education of mutual acceptance and tolerance", "promotion of international understanding", "prosperity", "world peace", "world economy", social justice, and democratic circumstances.[24]

23. GILLES (FN 4), p. 23.
24. For further purposes in the literature, see GILLES (FN 21), pp. 23 f.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION819 819 4/10/2007 14:41:23

What definitely stands out today among the more "legal" purpose descriptions and task assignments is what I will call the servient function of comparative procedure law in the area of assimilation or unification of law in general and of procedure law in particular as a result of modern-day internationalization or even globalization movements, among which the Europeanization of law, including procedure law, currently represents the strongest movement. This is where comparative procedure law is currently fulfilling its greatest task in an indispensable prerequisite to preliminary work through procedure law assimilation of all kinds within the currently so-called "European law zone". It is meanwhile the case in Europe, to be sure, that the so-called legal assimilation or also legal harmonization, legal approximation, and legal compatibility – according to the official language of European documents – has forced comparative procedure law as such to the background.[25]

If the value of the contribution of comparative procedure law to legal assimilation projects is unquestionably great, then, on the other hand, its partially assumed and realized tasks and achievements to international procedure law and its development are certainly dubious and, as such, should not be valued especially high.[26]

Finally, it is especially worth noting for the Korean-German relationship that comparative procedure law has played and still continues to play a large role for the treatment both of past procedure law projects and possible future procedure law projects, at least in Korea.[27]

4. Achievements, value, and beneficial effects of comparative procedure law

Which of the aforementioned tasks of comparative procedure law have meanwhile been fulfilled, and to what extent, and which of its purposes have really been reached, or in other words, what achievements comparative procedure law has yielded, what value has been gained, and what beneficial effects it has shown, cannot be individually clarified here and certainly cannot be individually proven.

---

25. For numerous further proofs, see KOCH (FN 5); see also GILLES, *in: ZZP-Int* (FN 16).
26. See, e.g., SCHUETZE, Internationales Zivilprozessrecht und Rechtsvergleichung, *in: Institute of Comparative Law Waseda University* (ed.), Law in East and West, Tokyo 1988, pp. 323 ff.; SCHACK (FN 7); STUERNER/STADLER, *in:* GILLES (ed.) *Transnationales Prozessrecht* (FN 5) and GILLES (FN 4), p. 7 n. 9, p. 18 n. 31.
27. See *Ho* (FN 10).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION820 820 4/10/2007 14:41:23

But, at the same time, it is on the whole safe to say that the achievements and positive effects have been, and continue to be, substantial in many other fields. Among other things, they have provided the impetus for many research projects and an entire series of so-called "model laws of procedure" or "model rules of procedure", such as the IBA Minimum Standards of Judicial Independence of 1982, the UNCITRAL model rules governing international commercial arbitration of 1985, the model draft of the Ibero-American rules of civil procedure of 1988, the Storme project (submitted to the European Commission in 1989) of a draft of a European rules of civil procedure, or Hazard's and Taruffo's "Code of Basic Principles for Civil Procedure in Transnational Litigation", or a (since 1999 unified) ALI/UNIDROIT project "Principles of Transnational Litigation" with the substantial participation of Stuerner, and much more.[28]

The very special strengths and value of comparative procedure law lie, indeed, in an entirely different area, an area which allows the branch of comparative procedure law to appear more important than the other branches of comparative law and which lends it its own and independent importance, namely the area of worldwide democratization of judicial systems with constitutional foundations, the humanization of judicial trials under the protection of so-called procedural and justicial human rights. Among the most important multipliers is the incredibly active and efficient *International Association of Procedural Law* (IAPL), which has played, and continues to play, a substantial role through its numerous world conferences. In addition, the IAPL has had, and continues to have, a great effect not only on research, but also on the practice and legislation of many countries.

Mauro Cappelletti,[29] the former long-time president of the IAPL, initiated the once-authoritative Access to Justice Movement as well as the world conferences of the IAPL, entitled "Justice with a Human Face", "Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order", "Efficiency in the Pursuit of Justice", "Role and Organisation of Judges and Lawyers in Contemporary Societies", "Transnational Procedural Law", "Procedural Law on the Threshhold of a New Millennium", and "Procedural Law and Legal Cultures." Along with the general reports and national reports, they are of great significance for the fields of research, practice, and politics. They stand as but a few examples of many.[30]

28. See the proofs at GILLES (FN 4), p. 31 nn. 58 – 60, p. 123 nn. 181, 182.
29. CAPPELLETTI (Gen.ed.), *Access to Justice,* Vol. I – IV (Italy), 1978/1979; *ders., Access to Justice and the Welfare-State* (Italy), 1981.
30. The general reports and at least the German national reports have all been published in book form.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION821 821 4/10/2007 14:41:24

5. Barriers, risks, and deficiencies of comparative procedure law

Finally, regarding the barriers and difficulties of comparative procedure law, certain dangers and certain actual and potential short-fallings of comparative procedure law should not go unmentioned.

These are by and large no different from those of general comparative procedure law, which generally speaking primarily consist of not fully and accurately grasping and understanding a foreign law, if one would like to undertake more than a mere comparison of statutory texts, which in itself is not exactly easy due to the foreign language barriers and translation problems. A successful comparative procedure law study requires not only firm foreign language competency, but also scholarly research competency, as well as, for larger projects, personnel, material, and financial research potential and resources, including obtaining materials, publication possibilities, information systems, access to sources, and informatics.

Hindrances to an "objective", unbiased comparative procedure law study include national identity, superiority thinking, psychic and emotional, ideological and political, cultural and historical ties to certain legal circles such as the, as Langbein[31] describes, "Cult of Common Law", which can surely be contrasted to the not quite so unfolded "Cult of Civil Law". Moreover, the danger should not be underestimated that the homeland or even personal view of procedure law and its comparison might be portrayed as common knowledge in the entire world, or the danger of looking at foreign phenomena and viewpoints – as far as one even knows or recognizes them – through one's own glasses and then measuring them according to one's own domestic standards. This applies to many scholars of comparative procedure law and of course to me too.

An even greater danger to an objective view is when certain phenomena or viewpoints of procedure law and its comparison – as is evident elsewhere – are not even taken into account because they might not fit into one's own domestic world of procedure law definitions and notions and its comparison. In other words: If a scholar of comparative law is caught up in his own socialization and legal education, his tradition and his culture too much, then defects and wrong assessments can hardly be avoided. It has unfortunately become ever increasingly common at international conferences for the general reporters to give the national reporters very detailed and endlessly long questionnaires, which are usually oriented towards their own views. This practice dramatically increases this risk.

31. LANGBEIN, National Report USA: *Comparative Procedural Law,* partially quoted *in:* GILLES (FN 4).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION822 822 4/10/2007 14:41:24

In summarizing this final chapter, I would like to emphasize that comparative procedure law proves to be an especially difficult undertaking, indeed, an undertaking that – in my view – is normally much more difficult than comparative law. This is due not only to the immense dimension, to the great complexity of the object of comparison (procedure law), and to the deficiency of theory, but also especially to the strongly distinct interdisciplinariness and internationality of this branch of comparative studies.

IV. CLOSING REMARKS

In closing, I would like to say that I do not just assume the discipline of comparative procedure law will have a bright future, I firmly predict it. My prediction is entirely independent of Cappelletti's[32] assessment several decades ago that procedure law has become the "most important branch of law", an assessment for which much can be said nowadays, considering the latest trends in research regarding "procedural justice"[33] or universal "proceduralization in law".[34]

32. CAPPELLETTI, cited by STORME*, in:* Storme/Casman (ed.), *Towards a Justice with a Human Face,* Gent (Belgium), 1977, p. 15.
33. Exemplary HOFFMANN, *Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozessualer Gerechtigkeit,* 1992; BODTKE*, Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat,* 1991; NEUMANN, Materiale und prozessuale Gerechtigkeit im Strafverfahren, *in: Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989), pp. 52 ff.; also RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit,* 6th ed. 1991.
34. Exemplary WIETHOELTER*,* Materialization and proceduralization in modern law, *in:* Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Wellfarestate,* 1986, pp. 21 ff.; *ders.,* Proceduralization of the Catagory of Law, in: Joerges/Trubek (ed.), *Critical Legal Thought, An American-German Debate,* 1989, pp. 501 ff; *ders.,* Ist unserem Recht der Prozess zu machen?, *in:* Honneth/McCarthy/Offer/Wellmer (ed.), *Zwischenbetrachtung im Prozess der Aufklaerung, Juergen Habermas zum 60*. Geburtstag, 1989, pp. 794 ff.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION823 823 4/10/2007 14:41:24









CAPÍTULO XXXII

O CONFLITO E OS MEIOS DE SUA SOLUÇÃO

Petrônio Calmon Filho*

Sumário: 1. O conflito e a restauração da paz social: 1. 1. A convivência social mediante a regulação; 1. 2. A cultura de conflitos; 1. 3. A restauração da paz social; 2. Os meios de solução dos conflitos; 2. 1. As possíveis soluções para os conflitos; 2. 2. Uniformização terminológica; 2.3. Outras classificações; 2. 4. Ordem imposta e ordem consensual – Bibliografia.

1. O CONFLITO E A RESTAURAÇÃO DA PAZ SOCIAL

1. 1. A convivência social mediante a regulação

A vida social normalmente é harmônica, disposta de modo ordenado, com seus sujeitos procedendo pacificamente, limitando sua própria liberdade para respeitar a liberdade dos demais. Trata-se da convivência humana, que embora não tenha surgido naturalmente, tendo o homem vivido antes em um estado de anarquia, teria sido conquistada, segundo Thomas Hobbes, mediante a elaboração de um contrato social.

Essas idéias de Hobbes, sobre o que Kant denominou de *contractus originarius*, são discutidas e seguidas com certa variação por diversos filósofos, como John Locke e Jean Jacques Rousseau, a elas se contrapondo David Hume e Adam Smith, que sustentam que o contrato social não existe na prática, mesmo reconhecendo no homem o sentido de obediência. Para eles, os homens surgem em uma sociedade já estruturada e suas desigualdades impediriam a realização de um acordo eqüitativo, formando a sociedade em decorrência dos princípios de autoridade e utilidade, que expressam obediência e auto-conservação.[1]

A teoria do contrato social, a partir de Hobbes, explica como os homens logram um acordo unânime para desarmarem-se mutuamente. Cada um renuncia a uma parte de suas atividades defensivas e ofensivas, na medida em que os demais procedem de maneira semelhante. Com isso, se deixa o estado anárquico

---

(*) Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP, Secretário-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

1. O resumo é de Mario Jaramillo, *Juticia por consenso:* introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos, p. 3 ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION825 825 4/10/2007 14:41:24

original e aparecem os primeiros limites da liberdade de ação. Surge, então, a necessidade da coerção, para assegurar o cumprimento dos direitos e obrigações acordadas entre os participantes. Acorda-se, então, criar o Estado.

Influenciado por Kant e Russeau, aparece finalmente a teoria de John Rawls, que sustenta que em uma situação inicial há igualdade e liberdade para todos os homens e sob tais condições é possível realizar um acordo coletivo. Em sua construção imaginária de contrato, os homens ignoram o que os demais possuem e desejam, são iguais entre si e são racionais. Sobre essa base, as pessoas elegem os princípios que lhes assegurem as maiores possibilidades vitais. O sentido moral que têm os homens é a garantia de que os princípios acordados serão obrigatórios e respeitados. A versão contratual de Rawls não contém um projeto de sociedade nem uma forma específica de governo. Para ele, o sistema legal é um ordenamento de regras coercitivas públicas, dirigidas a pessoas racionais, com o propósito de regular sua conduta e prover o marco de trabalho para a cooperação social.

Todas essas teorias demonstram uma particularidade em comum: os homens lutam entre si. E sobre esse fato cada um dos filósofos constrói uma solução ou enuncia um problema, mas a inquietude unânime refere-se ao dilema posto a princípio: como chegar à convivência.

O fato histórico, que reforça o suposto teórico é que sem acordo de vontades a convivência é impossível. Não importando a opção filosófica, trata-se de um fenômeno intrínseco à *condição humana*, que nasce à medida que a *regulação instintiva* é substituída pela *regulação social*, que impõe a conduta como resultado de regras e normas,[2] não sendo o mundo a soma das coisas vivas e inanimadas, mas sim o significado de todas elas.

Em geral as pessoas atendem à regulação espontaneamente, cumprindo as obrigações que assumem ou provocam. Mesmo surgindo controvérsias sobre a aplicação da lei, diante da vontade de conviver pacificamente, as pessoas tendem a elaborar soluções amigáveis, resolvendo com certa naturalidade suas relações. Todavia, a sociedade não convive sem o direito (*uni societas ibi jus*).[3] A tarefa da ordem jurídica é, pois, promover a harmonizar as relações sociais, mediante normas de controle.[4]

---

2. Cf. Calmon de Passos, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 8-9. Em brilhante introdução ao estudo da teoria das nulidades o autor elabora uma premissa sociológica, com base no pensamento de Agnes Heller, demonstrando em termos eloqüentes as bases para a compreensão da *pacificação social* e do *conflito*. Segundo o autor, "*direito é aquilo que os homens socialmente produzem para valer como direito em termos de regulação social*".
3. Com este pensamento, os professores Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco inauguram sua célebre *Teoria Geral do Processo*. Para esses autores, ainda que se diga que o homem tenha vivido uma fase evolutiva pré-jurídica, *ubi jus ibi societas*.
4. Ainda o pensamento de Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo***,** p. 19.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION826 826 4/10/2007 14:41:25

O direito objetivo regula a atividade dos cidadãos, das coletividades e dos órgãos do próprio Estado, provendo a conservação dos sujeitos jurídicos, de sua organização política e dos bens que se lhe consideram próprios, além de regular a atribuição dos bens da vida aos diferentes sujeitos jurídicos.[5]

1. 2. A cultura de conflitos

O contrato social e mesmo a existência da norma jurídica não são suficientes para a *pacificação social*, porquanto nem sempre o seu cumprimento é espontaneamente verificado. Ao atribuir a si a titularidade de um direito, entendendo alguém estar agindo de acordo com a ordem jurídica e dispondo-se a agir (*pretensão*) segundo esse direito, duas situações distintas lhe podem suceder: o exercício desse direito sem que algo ou alguém o impeça (gerando a *satisfação*) ou o não exercício deste direito por causa de obstáculos que são postos à pretensão (gerando a *insatisfação*). Os obstáculos postos à plena satisfação do direito podem advir da *resistência* de outrem ou da própria *regulação jurídica*, quando esta proíbe a sua satisfação voluntária.[6]

Verificam-se, então, duas situações distintas ocorrentes nas relações sociais, uma *harmônica* e outra de *conflito*. A harmonia é a regra, pois a sociedade caminha naturalmente e as pessoas em geral procuram portar-se com sensatez e bom senso, respeitando os direitos e atendendo às justas pretensões, ou, como diria Thomas Hobbes, dando cumprimento ao contrato social.

O conflito é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido. Pode perpetuar-se ou ser resolvido.[7] Se resolvido, restabelece-se a harmonia.

O conflito resulta da percepção da divergência de interesses,[8] é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam todos os demais fatores históricos, políticos e geográficos. O conflito que envolve empresasé, ainda, um fenômeno econômico, que gerar conseqüências mais amplas.

---

5. Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, p. 4.
6. Visto desta forma, a insatisfação não ocorre somente quando a pretensão é resistida por obra de outrem, mas, igualmente, quando o próprio Estado impede a realização da pretensão ainda que não haja conflito entre pessoas. A pacificação social não é obstacularizada somente pela resistência, mas igualmente quando o próprio Estado impõe limites à plena e espontânea realização do direito.
7. Para a resolução do conflito e restauração da paz social apresentam-se diversos meios de solução, sendo tema deste trabalho o estudo de sua diversidade, especialmente a autocomposição.
8. Cf. D. Pruit e J. Rubin, *Social conflict: escalation, stalemate, and settlemente*, para quem "o conflito significa a percepção da divergência de interesses, ou a crença das partes de que suas aspirações atuais não podem satisfazer-se simultânea ou conjuntamente".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION827 827 4/10/2007 14:41:25

Quando se trata de interesses que não podem ser individualizados (metaindividuais), a importância social do conflito é ainda maior. Os conflitos implicam em lutas entre duas ou mais pessoas acerca de valores, posição ou recursos.[9]

A doutrina especializada nos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos considera o conflito em seus aspectos sociológicos, identificando-o em níveis diversos: *latentes*, *emergentes* ou *manifestos*. Para Christopher Moore, os conflitos *latentes* se caracterizam pelas tensões básicas ainda não desenvolvidas por completo e não se converteram em um conflito muito polarizado, não sendo raro que as partes ainda não tenham tomado consciência de sua existência ou de sua possibilidade. Os conflitos *emergentes* são disputas em que as partes reconhecem que há uma discrepância e a maioria dos problemas são evidentes, mas não se estabeleceu ainda a busca de sua solução. Os conflitos *manifestos* são aqueles em que as partes se comprometem a uma disputa dinâmica e podem ter começado a negociar ou já foi estabelecido o impasse.[10] A definição que se destaca na doutrina do direito processual é a de Carnelutti,[11] que adotou a expressão *conflito de interesses* para referir-se ao posicionamento antagônico de duas ou mais pessoas em face de um mesmo bem da vida. Assim, a relação entre a pessoa e o bem é qualificada de *interesse*, enquanto *conflito de interesses* ocorre quando duas pessoas possuem interesse sobre o mesmo bem.[12]

Carnelutti prossegue observando que o simples conflito de interesses não tem relevância jurídica, pois é possível que aquele que possui interesse se conforme com a sua insatisfação. Mas, ao contrário, é possível que tome uma atitude qualquer para obter o bem da vida objeto do conflito, exercendo, então, a *pretensão*. Exercida a pretensão, ainda é possível que nenhum obstáculo impeça a satisfação do interesse. Mas é possível, também, que aquele que poderia satisfazer o interesse lhe oponha obstáculos, ou seja, *resistência*. Estar-se-ia, então, diante de um outro fenômeno, um *conflito de interesses* qualificado por uma *pretensão resistida*, ou seja, a *lide*.

A lide ocorre quando alguém que tem interesse em um bem da vida exerce sua pretensão sobre esse bem, mas encontra resistência por parte de outrem.

9. Assim se refere L. Coser em sua obra *Continuities in the study of social conflict*.
10. Cf. Chistopher Moore, *El processo de mediación*, p.47. e Delfina Linck, *El valor de la mediación,* p.27. Distanciam-se estas duas conclusões pois para o primeiro a simples percepção não é suficiente para caracterizar o conflito manifesto, mas tão somente o emergente. Para Carnelutti, no entanto, sequer a percepção é suficiente para dar relevância ao conflito.
11. Cf. *Sistema di diritto processuale civile*, t. I, p. 44.
12. Alcalá-Zamora, *Processo, autocomposición y autodefensa*, p. 17-18., apresenta a idéia de transcedência jurídica, para afirmar que litígio é o conflito juridicamente transcedente, que constituirá o ponto de partida ou causa determinante de um processo, de uma autocomposição ou de uma autotutela.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION828 828 4/10/2007 14:41:25

Neste caso, a situação que antes se apresentava apenas como um simples conflito de interesses passa a ser qualificada por uma pretensão resistida.[13]

A definição da doutrina especializada antes exposta não inova, senão na linguagem, daquela revelada há muito por Carnelutti. Sua expressão *conflito de interesses* corresponderia aos dois primeiros níveis de conflito apresentados por Christopher Moore, *conflito latente* e *conflito emergente*, pois nesses não foram, ainda, tomadas atitudes para a efetivação do interesse. A *lide* não existe apenas quando há animosidade entre as partes. Embora possa advir de uma simples divergência sobre uma questão de direito ou na valoração de uma situação de fato, somente existirá a *lide* quando tiver ocorrido uma atitude concreta de *pretensão* e outra em sentido oposto, a *resistência*, o que corresponde, pois, ao *conflito manifesto*.[14]

Os termos *conflito* e *litígio* muitas vezes são utilizados como sinônimos. Todavia, adotando o conceito de *lide,* conforme exposto por Carnelutti, considera-se coerente adotar o termo *litigio* como sinônimo, enquanto para conflito permaneceria sua concepção mais ampla, qualquer conflito de interesses, ainda que ainda não tenham sido manifestadas a pretensão e a resistência. Em decorrência deste raciocínio, o estudo que ora se apresenta utiliza o termo *conflito*, pois os mecanismos para a obtenção da autocomposição são úteis não só para resolver os conflitos manifestos (lide), mas, igualmente, os latentes e emergentes, os quais normalmente não são apresentados *ab initio* pelos envolvidos, mas costumam surgir no decorrer das tratativas. Segue-se, então, a orientação de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quando se refere ao litígio no mesmo sentido que Carnelutti refere-se à lide, porém em termos mais amplos, para considerá-lo como o conflito juridicamente transcendente e susceptível de uma solução também jurídica.

O conflito é inerente à condição humana e, consequentemente uma característica da sociedade, que vivencia sua marcha constante, fenômeno que, exceto

13. William Ury, Jeanne Brett e Stephen Goldberg, *Como resolver las disputas,* p. 4, revela a definição de Felstiner, Abel e Sarat, *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming*, in *Law and society review* 1980-81, 15, p. 631-654, expressa nos seguintes termos: "*Uma disputa começa quando uma pessoa ou organização efetua uma reclamação ou demanda contra outra, que a rechaça."* Essa definição, transcrita por esses renomados professores de Havard, é a definição de *lide* exposta por Carnelutti, apresentada, porém, com palavras sinônimas. Este tipo de "coincidência" decorre da distância entre as diversas especializações e ao isolacionismo que muitas vezes impera entre as culturas norte-americana e européia.

14. Carnelutti, porém, não cuidou apenas de verificar a concepção jurídica de conflito, identificando a situação em que este se torna relevante para o direito. Considerou, ainda, seus aspectos sociológicos, a partir da constatação de dois polos de forças: o *contrato* (pacto de forças) e o *delito* (rompimento do equilíbrio entre as forças). Contrato e delito representam, pois, os dois extremos do convívio social.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION829 829 4/10/2007 14:41:25

em plano religioso, não há quem vislumbre terminar.[15] Quando um conflito parece resolvido, surgem outros que lhe tomam a atenção.

Os conflitos não são apenas fenômenos individuais, mas, também, metaindividuais e sociais. Em uma visão mais ampla da sociedade universal, Karl Marx e Friedrich Engels estabeleceram em 1847 que

> A história de toda a sociedade até nossos dias é a história da luta de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre e oficial, em suma, opressores e oprimidos sempre estiveram em constante oposição; empenhados numa luta sem trégua, ora velada, ora aberta, luta que a cada etapa conduziu a uma transformação revolucionária de toda a sociedade ou ao aniquilamento das duas classes em confronto.[16]

A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução.

Mas o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou a suprimi-lo, atitude que poderia trazer conseqüências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.[17]

1. 3. A restauração da paz social

Não havendo harmonia mediante o cumprimento espontâneo da norma, surgindo, então, o conflito, e sendo almejada a sua solução, a jurisdição estatal apresenta-se como o meio ordinário a esse fim destinado.[18] Todavia, conforme veremos adiante, esse não é o único meio idôneo para solução dos conflitos. Antes, durante e até mesmo após a atuação do Estado com vistas a resolver o conflito, não é raro que as pessoas envolvidas busquem uma solução amigável.

---

15. Cf. Roberto Bianchi, *Mediación prejudicial y conciliación*, p. 13, segundo o qual o conflito é conatural ao homem e aos grupos que integra. Nasce com a vida em sociedade e reside emcada um de nós como uma carga congênita.
16. *Manifesto do partido comunista,* pp. 23-24.
17. Cf. Ana Uzqueda e Paolo Frediani, *La conciliazione*, p. 1. Segundo os autores, o conflito é uma oportunidade de crescimento e mudança e de aprendizado, que pode ajudar a fortalecer os vínculos dos grupos e a reduzirem as tensões incipientes.
18. Segundo Giuseppe Chiovenda, quando falha a prestação espontânea "*substituir-se-lhe-á a realização mediante o processo*". *Instituições de direito processual civil*, p. 4

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION830 830 4/10/2007 14:41:26

Não sendo pacífico o meio buscado para a solução dos litígios, ou seja, necessitando alguém de fazer valer a força para impor seus direitos, somente pode fazê-lo de acordo com a lei, utilizando-se dos meios por ela previstos. Para privar alguém de qualquer bem da vida valendo-se de meio coercitivo, somente o processo disciplinado pela lei é aceito e pode ser utilizado em um Estado democrático de direito.[19]

Em resumo, diante do conflito, alguém que queira fazer valer os seus direitos em face de outrem possui duas alternativas: buscar a solução amigável (autocomposição) ou provocar a jurisdição (e o poder que lhe é inerente) a favor de sua pretensão. E ainda tenha sido buscada a via jurisdicional, a qualquer momento os envolvidos podem se compor.[20] Todos os meios, no entanto, possuem um escopo maior, a *restauração da paz social*.[21]

A clássica expressão "*meios de solução dos conflitos*", com suas variantes que substituem essa última palavra por *litígios* ou *controvérsias* proporciona uma visão negativa do fenômeno, pois se refere ao problema e não à sua solução. Apresenta-se, então, a proposta para em lugar da tradicional expressão utilizar-se "*meios de remoção dos obstáculos à pacificação social*" ou, simplesmente, "*meios de restauração da paz social*".[22]

Essa expressão possui a vantagem de ser aplicada sem restrições à jurisdição contenciosa e voluntária, ao denominado processo necessário, ao processo civil e penal, versando esses sobre bens disponíveis ou indisponíveis, sendo solucionados de forma imperativa ou consensual, pelas próprias partes ou por terceiro imparcial. Evidentemente como qualquer outra proposta, essa expressão não seria de fácil assimilação, nem é que isso que se propõe. Mas não se pode inquiná-la de incompleta, como ocorre com a tradicional, pois quando se fala em jurisdição como meio de solução dos conflitos, parece olvidar-se que nem sempre ela é

19. Esse é um princípio consagrado pela Constituição Federal, quando determina que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIX).
20. Para Michele Taruffo, *Lezioni di diritto processuale civil*, p. 137, "*Non di rado anzi il processo giurisdizionale è visto come una sorta di* ultima ratio *alla quale si fa ricorso soltanto quando le altre possibilità di por fine ad una controversia siano state sperimentate senza esito*". Essa obra foi escrita em conjunto com Luigi Comoglio e Corrado Ferri. Como os autores indicaram a autoria de cada capítulo, cita-se apenas o autor do capítulo específico, no caso, Michele Taruffo. A autocomposição, como se verá, é um meio de solução dos conflitos, promovido diretamente pelos interessados mediante acordo. A seguir, teremos oportunidade de verificar que o processo não é o único meio de solução dos conflitos. Se é tratado como o meio ordinário, observaremos outros, que são tratados como alternativos.
21. Por isso afirma-se que o exercício da jurisdição deve proporcionar a recolocação dos bens da vida de tal forma a restarem como se não tivesse ocorrido a ruptura do ordenamento.
22. Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 25, esclarece que mediante autotulela, autocomposição e processo se aspira a realização da justiça, entendendo como tal o reestabelecimento da ordem jurídica perturbada pelo conflito.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION831 831 4/10/2007 14:41:26

exercida para esse fim, pois também lhe é conferida a tarefa de remover obstáculos postos pelo próprio ordenamento estatal (proibição da satisfação voluntária da pretensão).

A jurisdição é útil quando a paz social é abalada, urgindo sua plena restauração. Essa situação de paz social abalada se verifica não somente quando há um conflito, mas igualmente quando a lei impõe sua atuação, ainda que haja comunhão de interesses entre os envolvidos. Por exemplo, quando um casal, amigavelmente, pretende a separação judicial; quando herdeiros capazes pretendem a partilha por arrolamento sumário; e, mais recentemente, quando o apontado autor de uma infração penal dispõe-se a cumprir espontaneamente determinada pena.

Em que pese a expressão *meios de restauração da paz social* seja mais completa e envolvente, não se deseja propor a imediata e completa substituição da expressão tradicional, mas acrescentar fundamentos para que se abrevie o tempo em que se formulará uma nova ciência, mais ampla que o direito processual, para cuidar da pacificação social e de todos os meios para atingi-la ou restaurá-la.[23]

2. OS MEIOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

2. 1. As possíveis soluções para os conflitos

Muitos conflitos jamais encontram solução, o que se constitui em um problema crônico da sociedade. É a chamada litigiosidade contida. Isso ocorre porque muitas vezes não é compensatório valer-se do processo judicial (custoso, moroso e complicado) e porque outros meios eficazes não se apresentaram para suprir tal deficiência. Alguns conflitos encontram solução perante os juizes; outros se resolvem pelo triunfo da força ou perspicácia do mais poderoso; e ainda há os que são resolvidos em consenso, por obra das próprias partes, algumas vezes auxiliados por terceiros.

Antes de qualquer conclusão definitiva sobre a utilização da expressão "*meios alternativos de solução dos conflitos*"[24] ou de se justificar a preferência pela expressão "*meios adequados*", é de se rever a trilogia apresentada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,[25] que classifica as possíveis soluções para um conflito: *autotutela*, *autocomposição* e *processo*.

---

23. Esse é o raciocínio de Alcalá-Zamora, ao dizer que seria necessário considerar uma nova ciência, inventando-lhe um nome mais amplo, que compreendesse o direito processual e este desceria de hierarquia para ser apenas uma das áreas desse novo conjunto jurídico. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 25.
24. Ver Calmon, Petrônio, *Fundamentos da mediação e da conciliação,* pp. 83 e seguintes.
25. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 13. Para o autor, essas são "*las tres posibles desembocaduras del litigio*".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION832 832 4/10/2007 14:41:26

Entende-se por *autotutela* a solução de conflitos em que uma das partes impõe o sacrifício do interesse da outra. É caracterizada pelo uso ou ameaça de uso da força, perspicácia ou esperteza e é aplicada de forma generalizada somente em sociedades primitivas, pois conduz ao descontrole social e à prevalência da violência.

Nas sociedades organizadas a autotutela é, em regra, proibida, com exceção apenas para situações consideradas de urgência ou de proporcionalidade entre valores em jogo. No direito penal, permite-se a autotutela nos casos de legítima defesa; no direito civil permite-se o desforço imediato, o penhor legal e a retenção por benfeitorias; no direito executivo prevalece o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos; no direito do trabalho são lícitas a greve, o *lockout*, a rescisão indireta e a punição dos empregados.

Nas relações internacionais, em que pesem a existência de tribunais internacionais e os esforços pelo fortalecimento da negociação e mediação diplomáticas, a autotutela ainda é uma forma usual de solução dos conflitos, onde se verificam a represália, o embargo, o bloqueio, a ruptura de relações diplomáticas e a guerra.

A *autocomposição*, em contrapartida, se dá quando o envolvido, em atividade de disponibilidade, consente no sacrifício de seu próprio interesse, unilateral ou bilateralmente, total ou parcialmente. A autocomposição pode chegar a três resultados: *renúncia*, *submissão* e *transação*.[26]

Tanto *autotutela* quanto *autocomposição* são consideradas soluções parciais, pois levadas a efeito pelos próprios envolvidos.[27]

Segundo a teoria de Alcalá-Zamora, a terceira forma de solução, imparcial por excelência, é o *processo*, conhecido modernamente como um monopólio estatal. De acordo com a cultura contemporânea, o meio ordinário de solução dos conflitos é o *processo estatal*. A *autotutela*, preponderante nas relações internacionais, mas no plano interno, salvo raras exceções, é proibida. A *autocomposição* relaciona-se com o que se conhece como *meios alternativos*.[28]

2.2. Uniformização terminológica

Algo deve ser dito em nome da uniformização de linguagem, separando e distinguindo os *meios* de solução de conflitos, dos *mecanismos* de facilitação

26. Cf. Calmon, Petrônio, *Fundamentos da mediação e da conciliação,* pp. 63 e seguintes.
27. Cf. Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 13.
28. Cf. Calmon, Petrônio, *Fundamentos da mediação e da conciliação,* pp. 83 e seguintes.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION833 833 4/10/2007 14:41:26

desta solução, e dos *métodos* de solução dos conflitos. Devem-se distinguir, ainda, os resultados possíveis para o conflito (tema de direito material).

Em que pese a terminologia universalmente aceita proposta por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,[29] seguindo sua própria linha de raciocínio, preferimos seguir a orientação moderna e afirmar que, na jurisdição o que põe fim ao conflito é a *tutela* (sentença de mérito ou medida concreta de satisfação do direito já certificado).[30] Assim, procede-se a pequena adaptação na consagrada terminologia, para considerar que os tipos de solução de conflitos são a *autotutela*, a *autocomposição* e a *tutela jurisdicional* (ou simplesmente *jurisdição*).

Processo e tutela não são termos exclusivos da atividade estatal exercida pelo Poder Judiciário, pois a *arbitragem*, igualmente, é um mecanismo de imposição da decisão por um terceiro imparcial, embora seja desvinculado de qualquer órgão estatal e escolhido pelas partes mediante compromisso.[31] Por tal razão deve-se inseri-la na classificação de Niceto-Alcalá Zamora, para considerar o terceiro meio de solução de conflitos como expressão da *heterocomposição*, de onde seriam espécies a atividade judicial do Estado e a arbitragem.

Assim, pois, os meios de solução dos conflitos podem ser classificados em *autotutela, autocomposição* e *heterocomposição*.[32]

Há que se destacar, ainda, que o centro da afirmação de Niceto-Alcalá Zamora Y Castillo é que *autotutela*, *autocomposição* e *processo* põem fim ao conflito, solucionando-o, mas há quem procure afirmar que somente a heterocomposição soluciona o conflito, sendo que os outros meios apenas o extinguem.[33]

---

29. Em obra com idêntico nome: *Proceso, autocomposición y autodefensa*.
30. Cf. José Roberto Bedaque, *Direito e processo*, p. 11: "*A jurisdição sai de sua inércia pelo exercício da ação. Estabelece-se uma relação jurídica entre autor e juiz, que depois de chamado o réu para se defender, tende a se desenvolver, segundo um procedimento estabelecido em lei, até o provimento final, cujo conteúdo é a tutela jurisdicional*". O advento da *tutela antecipada* não altera esse conceito, pois não se trata de tutela definitiva. Poderia se afirmar que a *tutela antecipada* põe fim ao conflito precariamente, mas não é isso que ocorre, uma vez que, após a concessão da tutela antecipada, a parte que antes resistia à pretensão passa a pretender que o bem da vida lhe seja devolvido.
31. Na definição de Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo – um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed., p. 51, arbitragem é um mecanismo privado de solução de conflitos, mediante o qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.
32. Normalmente é assim que classificam os autores latino-americanos, sob a influência do mexicano Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Todavia, divergem dois de seus conterrâneos, Cipriano Gómez Lara, *Teoria general del processo*, 9ª ed., p. 23 ss (que segue o mestre) e José Ovalle Favela, *Teoria general del processo*, 5 ed., p. 23 ss, que considera a mediação e a conciliação como heterocomposição por causa da participação de um terceiro imparcial, embora reconheça que seu ofício não é decidir, mas limita-se a facilitar o consenso.
33. Cf., por todos, Chiara Giovannucci Orlandi, *La conciliazione stragiudiziale struttura e funzioni* in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell´avvocatura*, p. 212.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION834 834 4/10/2007 14:41:27

O *processo* é o método de exercício do poder estatal de decidir imperativamente e impor decisões.[34] A *arbitragem*, igualmente, se desenvolve por um método de trabalho muitas vezes denominado *processo arbitral*, ainda que não seja igual nem siga as mesmas regras do processo judicial.

A *autocomposição* é um fenômeno natural e inerente à natureza humana, pois o homem busca espontaneamente a harmonia social mediante salutar convivência, evitando conflitos e compondo os existentes. A solução amigável é sempre tentada, seja em decorrência desse aspecto da natureza humana, seja em virtude da frustração com a atividade estatal.

Todavia, nem sempre se chega a autocomposição por mera atividade das partes, sem qualquer auxílio externo, surgindo a oportunidade para a atuação de terceiros que agem para facilitar, auxiliar ou convencer os envolvidos a se comporem, prevendo ou pondo fim ao conflito. Por vezes esse terceiro age informalmente (por exemplo, a intervenção de parentes, amigos ou líderes religiosos). Em outras ocasiões o terceiro age como integrante de mecanismos formais instituídos especificamente, senão exclusivamente, para o fim de obtenção da autocomposição, criados por iniciativa estatal ou privada, valendo-se de métodos intuitivos ou previamente elaborados por ciências específicas. Diversos são os mecanismos e métodos de facilitar, auxiliar ou incentivar a autocomposição, onde o terceiro não soluciona o conflito, mas age com vistas a que as partes possam chegar ao acordo.[35]

Todavia, compara-se ao processo da jurisdição estatal aquele desenvolvido pela arbitragem, mecanismo de imposição da decisão por um terceiro imparcial, desvinculado de qualquer órgão estatal, escolhido pelas partes mediante compromisso.[36]

Enquanto o processo é o método de realização da tutela jurisdicional e a força é o método da autotutela, a negociação, a mediação e a conciliação, dentre outros, são mecanismos facilitadores, auxiliares e/ou incentivadores da autocomposição; cada um deles utilizando métodos apropriados.

---

34. Para Cândido Dinamarco, "*processo é um método de trabalho referente ao exercício da* jurisdição *pelo juiz*". *Instituições de direito processual civil***,** v. 2, p. 24. A concepção de processo como *método* é aplicada neste trabalho para se referir, igualmente, às *técnicas* aplicadas nos *mecanismos para a obtenção da autocomposição*.
35. Cf. Calmon, Petrônio, *Fundamentos da mediação e da conciliação,* p. 92.
36. Na definição de Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo – um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2 ed., p. 51, arbitragem é um mecanismo privado de solução de conflitos, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION835 835 4/10/2007 14:41:27

Em resumo, autotutela, autocomposição e tutela jurisdicional são os meios de solução para os conflitos. O Poder Judiciário (ou simplesmente Justiça) é o mecanismo de exercício da tutela jurisdicional. Processo é o seu método. Os meios de obtenção da autocomposição podem ser informais ou formais, estes exercidos por mecanismos diversos (negociação, mediação e conciliação, etc) e por métodos de trabalho apropriados (técnicas).

2. 3. Outras classificações

A classificação de Alcalá-Zamorra y Castillo é universalmente aceita, embora se verifique com freqüência a utilização de expressões sinônimas, como se estivessem apresentando alguma novidade. Assim, a doutrina especializada nos meios alternativos de solução dos conflitos, especialmente a norte americana, segue orientação idêntica à do professor mexicano, conforme se verifica em William Ury, Jeanne Brett e Stephen Goldberg, que apresentam três formas de resolver conflitos:

1) Conciliar interesses subjacentes;

2) Determinar quem tem razão; e

3) Definir quem é mais poderoso.

Em outras palavras, as três formas seriam a resolução pelos *interesses*, pelos *direitos* ou pelo *poder*.[37]

A clássica trilogia apresentada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo retrata completamente o universo das soluções de conflitos. Todavia considerações variadas são elaboradas por observadores de formação jurídica e não-jurídica. Ocorre que não se deve formular classificações que envolvam ao mesmo tempo diversos critérios classificatórios. Assim, pode-se registrar que o critério adotado pelo célebre professor mexicano destaca a solução do conflito sob o ponto de vista do responsável próprio pela solução e pelo método empregado:

– Solução imposta por um dos litigantes – autotutela;

– Solução consensual – autocomposição;

– Solução imposta por um terceiro imparcial – tutela jurisdicional (ou heterocomposição).

37. *Como resolver las disputas,* p. 5.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION836 836 4/10/2007 14:41:27

Destaca-se, porém, a classificação apresentada por Christopher Moore, experiente mediador norte-americano, que elabora um critério subjetivo, analisando as possibilidades de solução do conflito do ponto de vista de quem nele se encontra envolvido e precisa adotar uma solução, que teria as seguintes alternativas: evitar o conflito, discussão informal, negociação, mediação, decisão administrativa, arbitragem, decisão judicial, decisão legislativa, ação direta não violenta e violência.[38] Percebe-se claramente que se trata de uma ampliação da trilogia de Alcalá-Zamora, procedendo-se apenas à subdivisões.

A primeira alternativa, evitar o conflito, à evidência não deve formar o rol de alternativas, pois o fenômeno em enfoque é aquele em que o conflito já ocorreu; discussão informal é apenas uma subdivisão de negociação, onde o autor considera este mecanismo apenas quando é realizado profissionalmente, preferindo denominar e mera discussão informal a conversação entre dois envolvidos no conflito sem qualquer estratégia previamente definida; negociação e mediação (bem como a discussão informal) são mecanismos destinados à obtenção da autocomposição, um dos três componentes da clássica trilogia.

Decisão administrativa é uma forma de heterocomposição. Há países em que a decisão administrativa esgota a busca de solução, impedindo que se busque a via judicial, há outros (como o Brasil) em que se trata apenas de uma tentativa de solução, pois as partes envolvidas não são obrigadas a aceitar a decisão administrativa, sendo-lhe sempre possível levar o conflito para solução final do juiz. De qualquer forma, enquadra-se como decisão administrativa não somente aquela em que o Estado participa como um dos litigantes, mas, igualmente aquela decisão promovida por órgãos administrativos ainda que não diretamente ligados ao Estado, como os órgãos de classe e as associações esportivas.

Arbitragem é outra forma de solução heterocompositiva. Neste aspecto encontra-se ao lado da via judicial, pois em ambos os mecanismos a solução provem de um terceiro imparcial e possui força vinculante e impositiva. Assim, as vias arbitral e judicial se realizam mediante o processo, em que ao final a solução do conflito (decisão) será proferida por um terceiro imparcial.

Falar em método legislativo é tratar de outro fenômeno social e considerá-lo como conflito. Trata-se das disputas políticas eleitorais ou legislativas, onde a população é chamada a manifestar sua decisão mediante o voto, tanto para eleger seus representantes quanto para aprovar ou rejeitar uma proposta legislativa (plebiscito ou referendo).

38. *El processo de mediación*, p. 30.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION837 837 4/10/2007 14:41:27

Por último fala-se em ação direta sem violência e em violência, como dois mecanismos diversos de solução de conflitos, ambos, porém, representam subespécies da autotutela, ou melhor, são duas formas de exercer a autotutela.

2.4. Ordem imposta e ordem consensual

Considerando, então, os três meios de solução dos conflitos, verificam-se duas ordens opostas: a *ordem imposta* e a *ordem consensual*. Na primeira estão uma subordem de imposição unilateral (autotutela) e uma subordem heterocompositiva ou adversarial. Na subordem heterocompositiva, a solução é imposta por um terceiro alheio à vontade das partes, mediante um ato de autoridade e poder. Se baseia em uma norma geral ou em equidade e não nos interesses das partes, que sob a espectativa de uma decisão, se põem como adversários. Ao final, um será o vencedor e o outro o sucumbente.

A *ordem consensual*, ao contrário, é negociada e autocompositiva, não-adversarial, em que as partes mantêm o controle sobre o procedimento e sobre a decisão final, escolhendo o mecanismo mais apropriado, levando em consideração o tempo necessário para se chegar à solução, o custo, o lugar e a pessoa que eventualmente atuará como facilitador. As partes chegam a soluções suscetíveis de satisfazer os interesses de ambos, conservam o relacionamento entre si e preservam a confidencialidade dos fatos que geraram o conflito, do relacionamento e do próprio procedimento e sua solução.

Em suma, afastando a autotutela, como meio egoísta de solução de conflitos, verficam-se dois claros caminhos para a solução pacífica dos conflitos: a autocomposição e a heterocomposição. Esta é a praticada pelo Estado, no exercício da jurisdição, bem como na atividade privada da arbitragem. Aquela é a obtenção da solução por obra dos próprios litigantes, que pode ser obtida espontaneamente ou após o incentivo praticado em mecanismos pré-dispostos para esse fim.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido. Le ADR dalla tutela dei consumatori alla amministrazione efficiente della giustizia civile, in La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell´avvocatura, org. por ALPA, Guido e DANOVI, Remo. Milano: Giuffrè, 2004.

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros. 3 ed. 2003.

BIANCHI, Roberto. *Mediación prejudicial y conciliación*. Buenos Aires: Zavalía. 1 ed. 1996.

BRETT, Jeanne M. URY, Willian L. GOLDBERG, Stephen B. *Como resolver las disputas.* Santa Fe: Rubinzal – Culzoni. 1 ed. 1995.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION838 838 4/10/2007 14:41:27

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARMONA. Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2 ed., 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam. 1ª ed. 1936.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamorra y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 3 ed. 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil* v. I. São Paulo: Saraiva. 3 ed. 1969.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT. 16 ed. 2000.

COSER, L. *Continuities in the study of social conflict.* New York: 1967.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* v. II. São Paulo: Malheiros. 1 ed. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT. 16 ed. 2000.

ENGELS, Friedrich, MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. Porto Alegre: L&PM, 2002.

FREDIANI, Paolo, USQUEDA, Ana. *La conciliazione*: guida per la soluzione negoziale delle controversie. Milano: Giuffrè, 2002.

GOLDBERG, Stephen B. URY, Willian L. BRETT, Jeanne M. *Como resolver las disputas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni. 1 ed. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT. 16 ed. 2000.

JARAMILLO, Mario. *Juticia por consenso:* introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos. Santafé de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1 ed. 1996.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Porto Alegre: L&PM, 2002.

MOORE, Christopher. *El proceso de mediación*: métodos prácticos para la resolución de conflictos. Buenos Aires: Granica. 1 ed. 1995.

ORLANDI, Giovannucci. La conciliazione stragiudiziale struttura e fnzioni, in: *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell´avvocatura,* organizado por ALPA, Guido e DANOVI, Remo. Milano: Giuffrè, 2004.

PASSOS José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de janeiro: Forense. 1 ed. 2002.

PRUIT, D., RUBIN, J., *Social conflict: escalation, stalemate, and settlemente*. Newbery Award Record, Inc., 1986.

RUBIN, J., PRUIT, D., *Social conflict: escalation, stalemate, and settlemente*. Newbery Award Record, Inc., 1986.

URY, Willian L. BRETT, Jeanne M. GOLDBERG, Stephen B. *Como resolver las disputas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni. 1 ed. 1995.

USQUEDA, Ana, FREDIANI, Paolo. *La conciliazione:* guida per la soluzione negoziale delle controversie. Milano: Giuffrè, 2002.

UZQUEDA, Ana. Il ruolo decli avvocati nella conciliazione, in: *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell´avvocatura,* organizado por ALPA, Guido e DAMOVI, Remo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION840 840 4/10/2007 14:41:28

CAPÍTULO XXXIII

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS PARA UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Ricardo Maurício Freire Soares*

Sumário: 1. A diferença entre conceito lógico-jurídico e conceito jurídico-positivo – 2. A existência e o conteúdo de uma Teoria Geral do Processo – 3. A aplicabilidade da Teoria Geral do Processo às diversas modalidades processuais – 4. A íntima relação entre a Teoria Geral do Processo e a Teoria Geral do Direito – 5. A utilidade da Teoria Geral do Processo – 6. Considerações finais – 7. Referências.

1. A DIFERENÇA ENTRE CONCEITO LÓGICO-JURÍDICO E CONCEITO JURÍDICO-POSITIVO

A técnica jurídica figura como um conjunto de meios e processos intelectuais destinados a revelar o Direito, compreendendo conceitos, terminologias, classificações, construções e ficções. Dentre os mencionados instrumentos cognitivos, sobreleva o papel do conceito no plano do conhecimento jurídico.

Entende-se por conceitos lógico-jurídicos aquelas idéias gerais da Teoria Geral do Direito, dotadas de pretensão universal, geralmente sintetizadas pelo doutrinador e passíveis de aplicação nos mais diversos ramos do conhecimento jurídico, v.g., relação jurídica. No âmbito da Teoria Geral do Processo, podem ser vislumbrados conceitos desta natureza, tais como as noções de jurisdição, ação, defesa, processo, coisa julgada, recurso, preclusão e competência.

Exemplo de conceito lógico-jurídico, no campo da Teoria Geral do Processo, é aquele oferecido por Elio Fazzalari (19966, p. 1068), ao referir ser o processo como

> […] un'ordinata sequenza di atti, in vista e fino al compimento di um atto finale, nella quale si contempla la partecipazione degli interessati, individuati, di regola, in coloro nella cui sfera giuridica è per svolgersi l`efficacia di quell'atto.

Por seu turno, o conceito jurídico-positivo pode ser entendido como a definição de um dado instituto jurídico, expressa no direito positivo, seja através

(*) Doutorando e Mestre em Direito (UFBA), Professor da Faculdade de Direito da UFBA, da UNIFACS e do Curso *Jus*PODIUM, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION841 841 4/10/2007 14:41:28

da construção jurisprudencial, mormente nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos (*common law*), seja através da institucionalização legal, hipótese mais comum nos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica (*civil law*).

A título exemplificativo, pode-se referir como conceito jurídico-positivo aquele positivado no art. 175 do Código de Processo Civil brasileiro, *in verbis*: "São feriados, para efeito forense, os domingos e os dias declarados em lei".

Diante da constatação de que os conceitos jurídico-positivos podem ser arbitrários, a Ciência do Direito, inclusive a Ciência do Direito Processual, não deve limitar-se aos contornos positivados no sistema normativo, a fim de que possam preservar sua racionalidade e potencializar o desenvolvimento aberto da ordem jurídica.

Neste diapasão, pontifica Orlando Gomes (1955, p. 243) que, na sua maioria, os conceitos são mutáveis, porque inferidos da observação das necessidades sociais pela mentalidade dominante. Não são unicamente aquelas construções do espírito destinadas a sintetizar as soluções do direito positivo. São abstrações que esquematizam a realidade emergente dos dados da vida social.

Neste sentido, estará o jurista, inclusive o processualista, capacitado a formular conceitos capazes de condensar os fins e valores da convivência humana, para a compreensão socialmente adequada do fenômeno jurídico-processual, tendo em vista a feitura epistemológica de uma Teoria Geral do Processo.

2. A EXISTÊNCIA E O CONTEÚDO DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Em face da constituição epistemológica de uma Teoria Geral do Processo, são elencados diversos argumentos favoráveis e contrários. O ponto nodal costuma ser o exame dos pontos de convergência e divergência existentes entre o processo civil e o processo penal. Através da leitura de alguns doutrinadores como Arruda Alvim (1990, p.104), Antônio Cintra (1997, p. 49) e Rogério Tucci (2001, p. 53), torna-se possível alinhavar o seguinte quadro comparativo:

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION842 842 4/10/2007 14:41:28

Argumentos favoráveis à unidade processual	Argumentos contrários unidade processual
1) O processo é uma única entidade lógico-jurídica;	1) Irrelevância do conceito de lide em processo penal;
2) A jurisdição é também uma, figurando as competências civil penal como imperativos da divisão social do trabalho e especialização funcional;	2) Inadequação do conceito civilista de pretensão no processo penal;
3) A unicidade pode ser estendida ao poder legislativo;	3) Inquisitividade inerente ao exercício da jurisdição penal, diferentemente da dispositividade do processo civil;
4) As ações civis e penais são idênticas do ponto de vista conceitual, só variando os princípios políticos que as informam;	4) Inocorrência de revelia;
5) A diferença entre disponibilidade e indisponibilidade se desvanecem quando se constata que o processo civil inquisitório gira em torno de interesses indisponíveis, bem como a ação penal privada e a transação penal se prendem a interesses disponíveis da vítima.	5) Inexistência de processo e de ação cautelar no plano da jurisdição penal.

Salvo melhor juízo, quer parecer-nos que as diferenças apontadas não se revelam insuperáveis no plano gnoseológico da Teoria Geral do Processo, assumindo muito mais a condição de distinções contingenciais – porque histórico-condicionadas – do que demarcações essenciais – porque ontológicas.

Tanto é assim que o Prof. José Carlos Moreira (2001, pp. 212-215) deixa entrever que o processo civil e o processo penal parecem caminhar para um ponto de confluência, embora partindo de direções opostas. Segundo ele, o movimento que apontava num sentido passa a apontar no oposto, e vice-versa. Enquanto o juiz civil assume – quando nada de acordo com os textos legais, nem sempre observados à risca – posição mais destacada, empalidece, em certa medida, a do juiz penal; paralelamente, vêem-se as partes chamadas, no processo penal, a desempenhar papel de maior relevo. Não é de todo arbitrária a impressão de um contraste de sentidos nos itinerários que vão percorrendo, em nossos dias, o processo civil e o processo penal. Se procurássemos resumir semelhante impressão

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION843 843 4/10/2007 14:41:29

dizendo que o primeiro tende a publicizar-se cada vez mais, enquanto o segundo dá sinais de querer privatizar-se.

Sendo assim, pode-se afirmar a existência de uma Teoria Geral do Processo que se afigura como uma disciplina voltada para a construção de um sistema conceptual e principiológico dotado de elevada generalidade e resultante da indução dos elementos comuns aos diversos ramos do direito processual.

Abordando o tema, leciona Cândido Dinamarco (1999, p.48) que é significativo o seu poder de síntese indutiva do significado e diretrizes do direito processual como um sistema de institutos, princípios e normas estruturados para o exercício do poder segundo determinados objetivos: passar dos campos particularizados do processo civil, trabalhista ou penal (e administrativo e legislativo e mesmo não estatal) à integração de todos eles num só quadro e mediante uma só inserção no universo do direito é lavor árduo e incipiente, que a teoria geral do processo se propõe a levar avante.

Trata-se, portanto, de disciplina que se destina a garantir a unidade teórico-metodológica do direito processual, sem comprometer a identidade das dogmáticas jurídico-processuais específicas. Tanto é assim que, no âmbito da Teoria Geral do Processo, podem ser vislumbradas certas noções de natureza lógico-jurídica, porque aplicáveis aos mais variados tipos de processo (*e.g.*, constitucional, civil, penal, trabalhista, administrativo).

Neste sentido, doutrinam Antônio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco (1997, p. 49) que 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.

Nessa ordem de idéias, é possível concluir pela existência de princípios, institutos, conceitos, procedimentos e métodos comuns a todos os ramos processuais, que necessitam da uniformização epistemológica desenvolvida pela Teoria Geral do Processo.

Ainda no campo da Teoria Geral do Processo, no cumprimento de sua função epistemológica, revela-se também importante discutir a própria cientificidade do direito processual, havendo respeitáveis processualistas, como Francesco Carnelutti (2003, p. 10), que sustentam ser o conhecimento jurídico uma forma de

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION844 844 4/10/2007 14:41:30

saber artístico, de base intuitiva. Para ele, a arte, como o direito, serve para ordenar o mundo. O direito, como a arte, tem uma ponte do passado para o futuro. O pintor, quando escrutava o rosto de minha mãe para pintar o retrato que, mais que qualquer outra obra, mostrou-me o segredo da arte, não fazendo mais que adivinhar. E o juiz, quando escruta no rosto do acusado a verdade de sua vida para saber o que a sociedade deve fazer dele, não faz mais do que adivinhar. A dificuldade e a nobreza, o tormento e o consolo do direito, como da arte, não podem representar-se melhor do que com essa palavra.

Eis mais uma fronteira para a especulação da Teoria Geral do Processo: a investigação da possibilidade de um tratamento científico e da natureza do conhecimento aplicado à compreensão do fenômeno jurídico-processual.

3. A APLICABILIDADE DA TEORIA GERAL DO PROCESSO ÀS DIVERSAS MODALIDADES PROCESSUAIS

Dentre as noções gestadas nos âmbitos conexos da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Processo, o vocábulo *processo* adquire uma maior amplitude semântica, passando a designar os modos pelos quais o Direito preside sua própria produção.

Tratando do mencionado fenômeno processual, assinala Machado Neto (1988, p.335) que o direito regula sua própria criação, ou melhor, a criação de novas normas jurídicas. Pois bem, entre a norma geral e a conduta individual há de mediar uma norma individual que procederá à aplicação da norma geral ao caso concreto e, pois, individual. Tanto o *quem* criará as normas gerais e o *como* fará, e o mesmo com relação às normas particulares.

Esta idéia de que o fenômeno jurídico engendra seu próprio sistema normativo está referido no princípio dinâmico que integra o arcabouço da Teoria Pura, cuja instrumentalidade para a Ciência do Direito deve ser reconhecida.

Descrevendo o fundamento de validade da ordem jurídica, pontifica Hans Kelsen (1995, p.221) que o sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada.

Com efeito, a Teoria Geral do Processo, para bem desempenhar sua ingente função epistemológica, deve abranger o estudo e a sistematização de conceitos fundamentais e unitários, prevalecendo, assim, a concepção de que o signo

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION845 845 4/10/2007 14:41:30

processo é passível de ser estendido do processo jurisdicional, aos processos de elaboração das leis, contratos e atos administrativos.

Como bem salienta Fredie Diddier (p. 2004, p. 49), valendo-se de doutrina autorizada, é possível sustentar a existência de diversas tipologias processuais: o processo legislativo, que edita normas de caráter geral; os processos de criação de normas particulares:

a) Negocial: criação das normas pelos próprios sujeitos interessados;

b) Administrativo e jurisdicional, que são formas autoritativas de edição das normas particulares, com a diferença, segundo Chiovenda, que, no segundo, há a atuação substitutiva.

4. A ÍNTIMA RELAÇÃO ENTRE A TEORIA GERAL DO PROCESSO E A TEORIA GERAL DO DIREITO

A existência tanto de uma Teoria Geral do Direito quanto de uma Teoria Geral do Processo se justifica por força do princípio ontognoseológico da unidade, que se impõe pela observação de que o fenômeno jurídico é uno, ainda que permita a compartimentação de saberes por razões de ordem didática.

Neste sentido, convém evocar a sábia lição de Francesco Carnelutti (2002, pp. 49-51), para quem o direito, se bem observado, mostra-se como uma só e imensa instituição. Isto porque a vida, a realidade do direito, não está em nenhuma parte, senão no todo e em sua unidade. Para ver o Direito vivo há que subir o mais alto possível, onde o olho possa abarcar, quanto caiba, sua imensa realidade. Eis aqui como brota, mão lado da realidade e da complexidade do Direito, o terceiro princípio metodológico que é o de sua unidade.

Historicamente, a Teoria Geral do Direito resulta de um desenvolvimento tardio do pandectismo germânico do século XIX, de matriz positivista, ao abstrair as categorias empregadas no estudo do Direito Romano para generalizá-las na apreensão conceptual de todos os ramos do conhecimento jurídico.

Neste sentido, a Teoria Geral do Direito torna-se não apenas uma doutrina do direito positivo, mas uma teoria formal do direito positivo. A escolha pela abordagem formal decorre da consideração de que somente por esse método seria possível construir uma teoria do ordenamento jurídico em geral, separando os dados constantes dos conteúdos variados e mutadiços das normas positivadas num determinado ordenamento jurídico, situado em certo tempo e espaço.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION846 846 4/10/2007 14:41:30

É o que salienta Willis Santiago Guerra Filho (1990/91, p. 34), quando afirma que uma teoria verdadeiramente geral do direito deve levar em conta não só a diversidade de ordens jurídicas nacionais, como também os diversos ramos do direito, sendo, portanto, teoria unitária do direito. Isso pressupõe, então, um enorme trabalho de comparação jurídica, extra-e intra-sistemática, que ainda está por fazer.

Logo, assim como a Teoria Geral do Direito sistematiza, no âmbito epistemológico, os conceitos capazes de ser utilizados nos mais diversos ramos jurídicos, a Teoria Geral do Processo se volta para o delineamento de conceitos válidos em quaisquer campos do Direito Processual (*v.g*. civil, penal, trabalhista, falimentar), devendo cuidar justamente de uniformizar os institutos jurídicos processuais, conferindo-lhes a unidade e coerência necessárias para a estruturação lógica da Dogmática jurídico-processual.

A própria delimitação do objeto e da metodologia do Direito processual – cerne da Teoria Geral do Processo – e das suas relações com os demais ramos jurídicos (v.g., Direito Constitucional) só se faz por força de uma epistemologia jurídica, cujo coração se encontra na Teoria Geral do Direito.

Se não bastasse esta inegável convergência, certas noções oriundas da Teoria Geral do Direito são largamente utilizadas no âmbito da Teoria Geral do Processo, tais como: as noções de direito subjetivo e direito objetivo (para a delimitação da natureza jurídica da ação); de situação jurídica ou relação jurídica (para a delimitação da natureza jurídica do processo); de sujeito e objeto da relação jurídica (para a descrição dos sujeitos e objeto da relação processual); de capacidade (para a delimitação da capacidade processual); de competência (para a determinação do alcance do feixe de atribuições dos órgãos jurisdicionais); de dever jurídico (para o exame dos deveres dos sujeitos processuais – o juiz e as partes); eficácia (para a disciplina da eficácia da lei no tempo e no espaço), critérios distintivos entre direito privado e direito público (para o enquadramento do direito processual no campo do direito publico).

Por outro lado, noções gerais como processo, ação, jurisdição e lide não são apenas conceitos da Teoria Geral do Processo, mas também conceitos da própria Teoria Geral do Direito, que servirão de base à estruturação lógica das proposições dos variados campos da Dogmática Jurídica, servindo de suporte para a visualização dos elementos que presidem o pensamento do jurista e a própria relação jurídica.

Nesta linha de raciocínio, se os conceitos das propostas de Teorias Gerais são sempre conceitos lógicos e pressupostos, tanto a Teoria Geral do Direito quanto a

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION847 847 4/10/2007 14:41:30

Teoria Geral do Processo tendem a reconduzir a multiplicidade de conceitos, institutos, princípios e origens a uma unidade epistemológica e lógico-sistemática.

Dentro deste intercâmbio de definições lógico-jurídicas, compartilhada pela Teoria Geral do Direito e pela Teoria Geral do Estado, merecem destaque, a título exemplificativo, a noções de *princípio* e de *procedimento*.

Decerto, o conceito lógico-jurídico de *princípio*, delimitado *a priori* na Teoria Geral do Direito, é essencial para a edificação de uma Teoria Geral do Processo, como também para o aprimoramento da função hermenêutica da Dogmática do Direito Processual Constitucional, cada vez mais iluminada pelas referências axiológicas dos princípios insculpidos na Carta Magna.

No âmbito da Teoria Geral do Direito, a distinção entre regras e princípios, cunhada por um jurista como Humberto Ávila (2003, p.70), torna-se indispensável para a Teoria Geral do Processo. Para ele, as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta como necessária à sua promoção.

Se por um lado a Teoria Geral do Processo vai socorrer-se dos sopros de vida, resultante do arejamento filosófico propiciado pela Teoria do Direito, esta disciplina, por sua vez, vem incorporando, em suas mais significativas generalizações conceituais, a categoria *procedimento,* umbilicalmente ligada, pois, aos cometimentos teóricos da primeira.

É o que se verifica na obra de uma grande plêiade de pensadores da Teoria Geral do Direito Contemporânea, tal como se verifica no funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann, em sua tentativa de conceber a logicidade autopoiética dos sistemas jurídicos.

Discorrendo sobre o papel dos procedimentos judiciais na sua teoria dos sistemas, assinala Niklas Luhmann (2002, p. 394) que

> […] los procedimientos judiciales operan en esta misma dirección: comienzan aceptando com cuidadoso esmero la inseguridad de la decisión. De esta manera seducen a que se colabore, especifican roles, determinan las aportaciones, delimitan

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION848 848 4/10/2007 14:41:31

> los puntos conflictivos, hasta que la decisión aparece como um resultado lógico del procedimiento jurídico.

Destaca-se ainda, na esteira do pós-positivismo jurídico, o pensamento de Robert Alexy, para quem a correção discursivo-procedimental seria a chave para refundar a cientificidade do Direito (saber decisório), garantir a correção nas atividades de interpretação/argumentação jurídicas contra os riscos do voluntarismo (objetividade), bem como potencializar o diálogo, o pluralismo e a busca de consensos, religando política, moral e direito nos marcos institucionais de um Estado Democrático (legitimidade).

Versando sobre o tema, assevera Robert Alexy (2001, p.27) que é de importância central o pensamento de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O discurso jurídico é um caso especial, visto que a argumentação jurídica acontece no contexto de uma série de condições limitadoras. Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela ciência do Direito, bem como – é claro que isso não vale para o discurso da ciência jurídica – sua sujeição às limitações impostas pelas regras de ordem processual.

A Teoria Geral do Processo pode ser considerada, em larga medida, um desdobramento ou ramificação da Teoria Geral do Direito, ao vislumbrar o fenômeno jurídico como um procedimento ordenador de valores e padrões de comportamento, por meio de normas jurídicas válidas que esse fluxo procedimental se destina a ir produzindo ao longo do tempo.

Sendo assim, emerge uma nova racionalidade jurídico-processual, antenada com as exigências pós-modernas de uma epistemologia crítica, que abarca o reconhecimento da natureza valorativa e histórico-cultural dos paradigmas científicos (Thomas Kuhn), assim como a consagração da refutabilidade das proposições como atributo de qualquer conhecimento (Karl Popper).

Mais ousada ainda é a proposta de conceber-se, ao invés de uma Teoria Geral do Processo *stricto sensu*, uma Introdução ao Estudo do Direito Processual, capaz de promover, na qualidade de enciclopédia jurídica, o concurso de múltiplas perspectivas de abordagem do fenômeno processual, a fim de que o mesmo seja compreendido em suas acepções filosófica, sociológica, histórica e especificamente jurídico-positiva.

A referida proposta interdisciplinar, ao dissolver as fronteiras artificialmente impostas aos saberes humanos, oportuniza uma apreensão tanto zetética, ao priorizar as perguntas em detrimento das respostas, quanto dogmática do fenômeno

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION849 849 4/10/2007 14:41:31

jurídico-processual, ao privilegiar as respostas em detrimento das perguntas, em nome da decidibilidade de conflitos.

Restaria também abarcada a tridimensionalidade inerente ao Direito, ao abarcar, numa mesma disciplina, o estudo das dimensões fática (*v.g.*, História do Direito Processual, Sociologia do Direito Processual) valorativa (*e.g.*, Filosofia do Direito Processual) e normativa (*v.g.* conceitos aplicáveis à Ciência do Direito Processual).

Esta exigência por uma maior sinergia conceitual parece ser inclusive adequada ao espírito da terceira onda renovatória do Direito Processual no ocidente, que ao valorizar a materialização dos princípios da efetividade e instrumentalidade do processo, em conformidade com as exigências político-deontológicas da Constituição, reclama maior abertura do processo aos influxos fáticos e valorativos da sociedade civil.

Eis uma Teoria Geral do Processo crítica, capaz de superar o formalismo positivista do Direito Processual tradicional, envolto na sedução metafísica de uma ciência enclausurada em ritos e superposta à materialidade das relações humanas, bem como arredado numa tendência matematizante, cujo respeito às formas garantiria, como num cálculo aritmético, a tomada de uma decisão justa.

5. A UTILIDADE DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Quando a Teoria Geral do Processo se encarrega de estudar, resumir e sistematizar os conceitos fundamentais válidos para todos os seus ramos, bem como de compará-los com suas aplicações específicas, oferece inegável contribuição epistemológica para os cultores da Dogmática jurídico-processual.

Esta unidade teórico-metodológica garante a correção das proposições dogmáticas e a necessária uniformização da linguagem científica para todos os campos do Direito Processual, formulando parâmetros racionais para a interpretação, integração e aplicação do sistema jurídico.

De outro lado, habilita o jurista a superar os limites do direito positivo (*de lege lata*) na busca de uma problematização do fenômeno processual, oportunizando, inclusive a formulação de novas alternativas de positivação legal (*de lege ferenda*), o que se coaduna com o espírito crítico que deve nortear os estudos jurídicos, seja em âmbito de graduação, seja em âmbito de pós-graduação.

Ademais, revela-se útil como um instrumento cognitivo capaz de orientar também a atuação dos profissionais que militam mais diretamente na práxis

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION850 850 4/10/2007 14:41:31

jurídica, criando as condições necessárias à decidibilidade dos conflitos de interesse.

Trata-se de disciplina que, embora teorética, apresenta inegável aplicação prática, como bem ressalta Fernando de La Rua (1991, p. 3), para quem "el estudio de la teoria general del processo (o sea, de los conceptos básicos que suministran los elementos necesarios y fundamentales para compreender las instituciones por las cuales se desenvuelve el proceso) permite dominar la lógica de los conceptos y facilita la comprensión de los procedimientos, los mecanismos y las formas, según los princípios que los gobiernan y las razones que los determinan".

Para tanto, mister se faz definir os limites da sua síntese teórica, sem incorrer nos extremos improdutivos de uma generalização que figure incapaz de embasar o jurista prático. Decerto, a exagerada ampliação dos conceitos e princípios seria propícia à diluição da força aglutinadora, que cada qual ostenta, como elemento gestor de institutos e critério hermenêutico para a resolução de casos concretos. Sendo assim, a Teoria Geral do Processo, sob a ótica do estudioso das diversos modalidades de processo (civil, trabalhista, penal, administrativo, constitucional), só se torna metodologicamente válida, à medida que sirva de apoio a soluções adequadas às singularidades de cada lide.

De outro lado, a relevância da Teoria Geral do Processo, em sua feição progressista, torna-se ainda mais inconteste, quando se propõe a redimensionar os conceitos fundamentais de Ação, Jurisdição e Processo, oferecendo os instrumentos cognitivos necessários à emergência do paradigma principiológico e jusfundamental do processo:

Neste diapasão, sustenta Luiz Marinoni (2005, p. 66) que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como diretor do processo, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito.

Deste modo, a nova Teoria Geral do Processo, em sua roupagem emancipatória, permite conceber e operacionalizar o processo como um instrumento indispensável para a concretização dos direitos humanos, a conciliação entre legalidade e legitimidade, bem como necessário ao exercício da cidadania no contexto de um Estado Democrático de Direito.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION851 851 4/10/2007 14:41:31

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, pode-se depreender que:

– Os conceitos lógico-jurídicos são aquelas idéias gerais da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Processo, dotadas de pretensão universal, geralmente sintetizadas pelo doutrinador e passíveis de aplicação nos mais diversos ramos do conhecimento jurídico, enquanto que os conceitos jurídico-positivos podem ser entendido como as definições de um dado instituto jurídico, expressa no direito positivo, seja através da construção jurisprudencial, mormente nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos (*common law*), seja através da institucionalização legal, hipótese mais comum nos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica (*civil law*);

– A Teoria Geral do Processo se afigura como uma disciplina voltada não só para a construção de um sistema conceptual e principiológico, dotado de elevada generalidade e resultante da indução dos elementos comuns aos diversos ramos do direito processual, como também para o debate sobre a cientificidade do saber jurídico-processual;

– A Teoria Geral do Processo, para bem desempenhar sua relevante função epistemológica, deve abranger a pesquisa e a sistematização de conceitos fundamentais e unitários, prevalecendo, assim, a concepção de que o signo *processo* é passível de ser estendido do processo jurisdicional aos processos de elaboração das leis, contratos e atos administrativos;

– A existência tanto de uma Teoria Geral do Direito quanto de uma Teoria Geral do Processo se impõe por força do princípio ontognoseológico da unidade, que se impõe pela observação de que o fenômeno jurídico é uno, ainda que permita a compartimentação de saberes por motivos didáticos;

– A Teoria Geral do Processo pode ser vislumbrada como um desdobramento da Teoria Geral do Direito, ao pressupor o fenômeno jurídico como um procedimento ordenador de valores e padrões de comportamento, por meio de normas jurídicas válidas;

– A Teoria Geral do Processo se encarrega de estudar, resumir e sistematizar os conceitos fundamentais válidos para todos os seus ramos, bem como de compará-los com suas aplicações específicas, fornecendo inegável contribuição epistemológica para os cultores da Dogmática jurídico-processual.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* São Paulo: Landy, 2001.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION852 852 4/10/2007 14:41:32

ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 1990.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito.* Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Arte do direito.* Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo *et al*. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 1997.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil.* 4 ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2004, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo***.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. *Novíssimo Digesto Italiano.* Turim: UTET, 1966, v.13.

GOMES, Orlando. *A crise do direito*. Salvador: Max Limonad, 1955.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Material para estudos de teoria do direito. *Revista Nomos.* Fortaleza: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 1990/91, jan/dez, p.49-82.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* México, D.F.:Universidad Iberoamericana, 2002.

MACHADO NETO, Antonio Luis. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão***.** São Paulo: RT, 2005, p. 13-66.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual.* Sétima série. São Paulo: Saraiva, 1977.

RÚA, Fernando de la. *Teoria general del proceso.* Buenos Aires: Depalma, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista Jurídica,* 2001, n. 281.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION853 853 4/10/2007 14:41:32









CAPÍTULO XXXIV

SÍNTESE DIDÁTICA DE ALGUMAS TEORIAS MENOS CONHECIDAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

Roberto P. Campos Gouveia Filho*

Sumário: 1. Intróito – 2. Sinteticamente, as teorias dominantes sobre a natureza jurídica do processo: 2.1. O processo é seu total atrelamento ao direito material; 2.2. As teorias do processo como um ente autônomo – 3. As concepções menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo: 3.1. Benjamim N. Cardozo e seu livro sobre a natureza do processo; 3.2. O processo como um serviço público; 3.3. Baumbach e a sua tese de substituição do processo civil pela jurisdição voluntária; 3.4. Santiago Sentís Melendo e o processo como um acordo; 3.5. J. Ramiro Podetti e a processo como a vontade vinculatória autárquica da lei; 3.6. Foschini e o processo como uma entidade complexa; 3.7. Calamandrei e seu artigo sobre o processo como um jogo; 3.7. O processo como uma categoria jurídica nova; 3.8. Outras teorias – 4. Síntese conclusiva.

1. INTRÓITO

O tema versante sobre a natureza jurídica do processo é, como não poderia deixar de ser, muitíssimo debatido pelos processualistas. Obviamente, qualquer um que tenha o mínimo de pretensão de analisar qualquer um dos elementos da Ciência Processual deve, no mínimo, posicionar-se do lado de alguma das teorias que já tentaram defini-lo. Isso é o ponto de partida de qualquer processualista, a pedra de toque de qualquer estudo na seara processual.

Algumas teorias processuais são bastante conhecidas, como, principalmente, a teoria relacional do processo; outras, nem tanto. Para teorias, como, por exemplo, o processo na qualidade de um acordo, de Santiago Sentís Melendo, pouco se é abordado na doutrina processual ordinária, inclusive nos manuais de Teoria Geral do Processo. Assim sendo, podemos dizer que o escopo deste opúsculo é exatamente o de sintetizar algumas destas tantas teorias menos conhecidas sobre a natureza processual. Teremos por base um texto bastante conhecido de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,[1] o qual aborda a maioria das teorias tratadas doravante.

(*) Mestrando em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco e Professor da Escola Superior de Advocacia Prof. Ruy Antunes da OAB/PE.

1. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Concepciones menores acerca del processo". *Estúdios de teoría general e historia del processo (1945-1972).* México: Instituto de Investigações Jurídicas, 1974, t. I, pp. 377-448.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION855 855 4/10/2007 14:41:32

2. SINTETICAMENTE, AS TEORIAS DOMINANTES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

2.1. O processo é seu total atrelamento ao direito material

É cediço que até a segunda metade do século XIX o processo era entendido como algo umbilicalmente ligado ao direito material. Primeiramente, prosperou-se a teoria que afirmava ser o processo um contrato. O processo era um contrato porque se iniciava através da formação de um acordo de vontades – a *litiscontestatio.* De modo que só haveria processo quando a pretensão do autor era aceita pelo réu, formando-se o acordo e encaminhando-se, a partir disso, o conflito de interesses para ser decidido.

Doravante, o processo deixou de ser considerado um quase-contrato. Não mais se exigia que o réu concordasse em aderir à demanda do autor, apenas exigia-se que ele contrapusesse-a. O processo passou, então, a ser enquadrado como um quase-contrato[2]. Nessa fase a *litiscontestatio* deixava de existir. Essa teoria não prosperou. Pode-se atribuir o seu fracasso ao simples fato de que a noção de quase-contrato nunca ter sido bem delineada pela doutrina, tendo até quem a repelisse de plano[3].

Resumindo, podemos dizer que tanto uma teoria como a outra não poderiam prosperar pelo simples fato de não perceberem no processo um ente autônomo, que serve para a real construção do direito material. Processo, dentro destas teorias, que hoje só devem ser vistas sob o ponto de vista histórico, era não mais do que uma série de atos, um reles procedimento totalmente atrelado ao direito material.[4]

---

2. Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover, essa tese foi criada por um francês, Arnault de Guényvau, no século XIX. Por ela, segundo os autores citados, o processo não poderia ser descrito como um contrato, pois o delito não podia ser considerado alvo de um contrato, daí, então, o processo deveria ser visto como um quase-contrato (*Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 287).
3. "Já de hoje a expressão 'quase contrato' é pouco usada e desaconselhada. Por outro lado, imprópria, porque de modo nenhum se há de pensar, nas espécies, de quase-contratar", PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral.* Atualização: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. II, p. 566.
4. Essa noção sobre a natureza processual foi bastante vista em Portugal e no Brasil, na época dos chamados praxistas. Vejamos alguns dos autores, que, de certo modo, viam o processo na forma exposta acima: "Processo é a reunião das formalidades estabelecidas pelas leis e praxe para se regularem as questões em juízo", CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro: conforme a actual legislação do Império.* Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, t. I, p. 02; "[Processo] é a forma estabelecida pelas Leis, e Praxe, para se tratarem as causas em juízo" PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil.* Atualização: Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1907, p. 01, o texto em colchetes é nosso; "Processo é a forma estabelecida pelas leis para se tratarem as causas em juízo *a).* Esta fórma extende-se á todos os actos tendentes á instrucção e divisão da causa. O fim do Processo é conhecer a verdade, e facilitar ás partes os meios de deduzirem seos direitos e defeza, para que o julgamento seja proferido com acerto e justiça", RAMALHO, Joaquim Ignacio de. *Practica civil e commercial.* São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861, p. 01. João Mendes de

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION856 856 4/10/2007 14:41:32

2.2. AS TEORIAS DO PROCESSO COMO UM ENTE AUTÔNOMO

Como é por demais conhecido, em 1868, o alemão Oskar von Bülow publicou a sua obra, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Nessa obra, Bülow, através da constatação da existência dos chamados pressupostos processuais e das exceções dilatórias, as quais o juiz deveria analisar antes de adentrar no mérito propriamente dito, conseguiu ver que o processo é uma relação jurídica[5] distinta da relação material deduzida *(res in iudicium deducta).* Mais precisamente, uma relação jurídica de caráter processual totalmente distinta da relação material deduzida. Mas não se tratava de uma simples relação jurídica, e sim de uma relação jurídica contínua, que se desenvolve paulatinamente, num constante movimento e sofrendo transformações[6].

Talvez a teoria que definiu o processo como sendo uma relação jurídica tenha sido a primeira a demonstrar a sua autonomia. O certo é que se atribui a Oskar Von Bülow a sistematização dessa teoria[7], mas não a sua criação[8].

Almeida Jr., ao seu turno, compara processo a uma idéia de movimento, "**o processo judicial,** portanto, é o movimento dos atos da ação judiciária, ou melhor, o **movimento dos atos da acao em juizo"** (*Direito judiciário brasileiro,* ob., cit., p. 201). Depois, afirma que o processo é o movimento na forma intrínseca, e o procedimento na forma extrínseca, "Uma coisa é o **processo**, outra coisa é o **procedimento** (1) **O processo** é uma direção no movimento; o **procedimento** é o modo de mover e a forma em que é movido o ato. (...) Assim, o **processo** é o movimento em sua forma intrínseca; o **procedimento** é êste mesmo movimento em sua forma extrínseca, tal como se exerce pelos nossos órgãos corporais e se revela aos nossos sentidos" (ob., cit., pp. 227-228).

5. O conceito de relação jurídica em Bülow é conexo com o atual conceito utilizado. Relação jurídica é espécie de eficácia jurídica, um tipo de situação jurídica, essa designa o gênero, e aquela a espécie. Nesse sentido, vejamos a magistral lição de Marcos Bernardes de Mello, a qual seguimos plenamente: "Em nosso entendimento, *situação jurídica* é expressão que tem duas acepções, a saber: (*a*) em sentido lato, designa toda e qualquer conseqüência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico; (*b*) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica que não se concretiza uma relação jurídica, e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica. (*a*) *Lato sensu,* portanto, relação jurídica constitui *espécie,* a mais importante, do *gênero* situação jurídica; (*b*) *stricto sensu,* situação jurídica e relação jurídica são espécies diferentes de eficácia jurídica", MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 78-79.
6. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. (…) La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación" (BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964, pp. 02-03.).
7. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 19, nota 04.
8. Fala-se que o grande filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel, em sua obra *Filosofia do Direito,* já defendia que o processo seria uma relação jurídica. Sobre o dito, ALSINA, Hugo, *Tratado teorico*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION857 857 4/10/2007 14:41:33

A partir da sistematização da teoria relacional do processo, a doutrina passou a adotá-la quase que e m sua totalidade. Assim, diversos processualistas passaram a melhor estudar a teoria da relação processual e a imaginarem a que sujeitos esta relação vincularia. Primeiramente, surgiu, em 1885, a idéia de Adolf Wach, autor, dentre outras coisas, da tese concretista da ação. Para ele, o processo é uma relação jurídica que envolve tanto o autor e o Estado-juiz, como o réu e o Estado-juiz e, também, o autor e o réu diretamente, é a chamada teoria triangular da relação processual[9]. Depois, veio a idéia de Josef Kohler, 1888, que afirmou que a relação processual só se dá entre o autor e o réu, ela não envolveria o Estado-juiz, pois esse não tem interesse na causa. A tese de Kohler pode ser considerada como uma teoria privatística do processo. Por fim, surgiu a idéia de Konrad Hellwig, que elaborou a chamada teoria angular da relação processual, pois essa não pode envolver diretamente o autor e o réu, de modo que todos os atos para serem considerados processuais devem passar pelo vértice do ângulo, que é o Estado-juiz.[10]

Contudo, muito embora a teoria relacional do processo tenha ganho muitos adeptos, ela não ficou unânime da doutrina. Surgiram, desse modo, algumas teorias que tentaram contrapô-la. Muitas das teorias tratadas neste trabalho são verdadeiras críticas a teoria de Bülow, as quais veremos mais adiante. Por hora, tratemos apenas das teorias mais conhecidas que contrapuseram a teoria relacional.

Em primeiro lugar, vale destacar a teoria de James Goldschmidt. Em 1925, o citado doutrinador formulou uma teoria com fito de combater a teoria relacional do processo. Processo, para Goldschmidt, pode ser definido como uma situação jurídica. No entanto, o seu conceito de situação jurídica é bem diverso do adotado neste trabalho. Situação jurídica é empregada pelo mestre de Berlim como uma simples probabilidade de vitória[11]. Goldschmidt não vê o processo como ele é, mas sim como ele se apresenta em algumas situações práticas, a sua visão é bem pessimista do fenômeno processual. Talvez, tenha sido por isso que sua tese não tenha prosperado, inclusive, as críticas a ela chegaram a ser de certo modo

practico de derecho procesal civil y comercial. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 1956, v. I, p. 416; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. II, p. 69.

9. No Brasil, são adeptos dessa corrente, dentre outros: MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil,* ob., cit., p. 82; FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado.* Atualização: José Eduardo Carreira Alvim. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 298.
10. É a tese aceita por, por exemplo: MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212, nota 422; BATALHA, Wilson Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho.* 2ª ed. São Paulo: LTr, 1985, p. 298.
11. Nesse sentido, SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de processo civil.* 5. ed. São Paulo: RT, v. I, p. 21.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION858 858 4/10/2007 14:41:33

ferozes[12]. No entanto, Goldschmidt não estava de todo errado, sua teoria, embora tivesse por escopo contrapor a teoria da relação processual, acaba não a negando[13]. Se hoje, temos bem delineados os conceitos de ônus, relação de vinculação do juiz com o Estado[14] e sucumbência, devemos muito a James Goldschmidt e a sua obra.

Agora, é necessário frisar a chamada tese institucionalista do processo. Partindo do conceito de instituição jurídica dos franceses, notadamente Maurice Hauriou, algumas processualistas passaram a definir o processo como uma instituição. Destacam-se como artífices dessa corrente: o espanhol Jaime Guasp e o uruguaio Eduardo J. Couture.[15] Para Guasp, o processo é uma instituição, pois ele é a conjunção de uma idéia objetiva, que é apreciação do mérito; e do conjunto de vontades dos sujeitos processuais (partes e Estado-juiz), que aderem à idéia objetiva, de modo que se consiga a sua concretização.[16] Eduardo J. Couture foi um que de início aderiu à tese institucionalista. Para ele, processo pode ser entendido como uma instituição, porquanto nele não existe apenas uma relação jurídica, mas várias, assim, ele resta mais bem enquadrado como uma instituição jurídica.[17] É cediço, todavia, que Couture depois abandonou a concepção do processo como instituição, voltando a defendê-lo como uma relação jurídica.[18]

---

12. Vejamos algumas: "La teoría de la situacción jurídica destruye sin construir; por ella se pierde la visión de conjunto que el concepto de relación procesal permite ver en el proceso una unidad. (…) Esta doctrina considera el proceso no como debe ser, sino como es a veces en la vida judicial; es decir, según lo hace notar Calamandrei, el proceso sería un medio para actuar el derecho, sin un medio para hacer valer como derecho lo que es, criterio demasiado realista que no puede constituir el fundamento de una doctrina científica", ALSINA, Hugo, ob., cit., p. 423. "James Goldschmidt não encara o processo como é de *iure* e sim como se apresenta *de fato,* por fôrça da imperfeição humana. E é preciso notar ademais que, malgrado essa incapacidade humana, o Direito é, na maioria das vêzes, aplicado retamente e, portanto, não há porque considerar, mesmo *de facto,* o aspecto patológico do processo. A consideração empírica, não apenas do processo, mas de todo o Direito, tal como é na realidade, longe de contribuir para o aprimoramento da ordem jurídica, termina por desembocar num ceticismo que tem como conseqüência única o desprêzo do Direito e a volta à solução violenta dos conflitos, com o primado da fôrça. A concepção de Goldschmidt se resolve numa técnica do oportunismo e, em lugar de instrumento para a perfeição da Justiça, o processo passa a constituir a ferramenta, a gazua para o 'descuidista', sempre alerta aos cochilos dos demais sujeitos", TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1959, v. I, p. 287.
13. Nesse sentido, ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 209.
14. Na verdade, o juiz, no processo, é o próprio Estado. As partes não estão em relação jurídica com a pessoa física do juiz, mas sim com o Estado presentado nele.
15. Segundo Niceto, o primeiro autor a defender a tese acima exposta foi Gimenez Fernández (ob., cit., p. 422)
16. Nesse sentido, vale consultar, MARQUES, José Frederico, ob., cit., p. 94.
17. Sobre o tema, COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil.* Tradução: Benedicto Giaccobini. Campinas: REDlivros, 1999, pp. 101-102.
18. "No cabe esperar que la definición del proceso como institución vaya a revolucionar la ciencia del derecho, ni que haya de sustituir a las otras concepciones hoy dominantes, en particular a la que concibe el proceso como una relación jurídica, a la que hemos prestado y continuamos prestando adhesión", COUTURE, Eduardo J., *apud* ALSINA, Hugo, ob., cit., pp. 427-428.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION859 859 4/10/2007 14:41:33

Vimos duas das mais conhecidas teorias processuais que contrapuseram a teoria relacional do processo – a da situação jurídica e a institucionalista. Nenhum das duas prosperou muito, a teoria relacional do processo continuou firme e forte. Isso, quiçá, deva-se a insuficiência delas para afirmar com precisão a natureza jurídica do processo.

Contudo, na década de 1950, surgiu na Itália uma corrente que tenta redefinir o processo através da conceituação do procedimento. Lembremos, que na pré-autonomista da Ciência Processual, o procedimento poderia ser visto como o próprio processo, e, com o advento da teoria da relação processual, o mesmo foi feito de tábula rasa, algo que não deveria ser estudado. É difícil dizer quem foi o primeiro autor a redescobrir a importância do estudo do procedimento. Todavia, a sistematização mais importante de tal intento é devida ao italiano Elio Fazzalari.[19]

Mas o que levou Fazzalari a redefinir o processo a partir do procedimento. Para ele, a relação processual não pode servir para definir o processo, pois ela dá a idéia de total subjugação de um sujeito processual em face de outro[20]. Primeiramente, devemos dizer que Elio Fazzalari compartilha da idéia de que o procedimento é uma série de atos para a obtenção de um ato final, que é a finalidade do procedimento: o provimento. Contudo, ao contrário da regra geral que entende ser o procedimento um elemento do conjunto processo, Fazzalari inverte a dita ordem, passando a afirmar que o processo é que a espécie do gênero procedimento. O que qualifica o processo dentro do gênero procedimento é o contraditório, daí a sua doutrina ser conhecida como a do processo como procedimento em contraditório.[21] Numa breve síntese desse qualificador do procedimento, podemos dizer que o contraditório pode ser resumido na real possibilidade de influência no resultado do procedimento, que é o provimento.[22] Por fim, a teoria do

19. O certo que o procedimento ficou relegado do ponto de vista processual. Sob a ótica do direito administrativo ele continuou sendo estudado, e foi nos administrativistas franceses que Fazzalari foi buscar um norte para elaborar a sua teoria.
20. Vejamos a lição esclarecedora sobre a questão posta acima de um dos grandes seguidores de Fazzalari no Brasil, o professor mineiro Aroldo Plínio Gonçalves: O processo não se confunde com a situação de direito material, ou situação de direito substancial, cuja existência ou cujos os efeitos neles se discutem, como se expôs, já não se concebe a possibilidade de que um sujeito possua o poder de exigir a conduta de outro sujeito. É por isso que o particular tem, na função da jurisdição, a possibilidade de pedir que o Estado o substitua, na imposição do ato de caráter imperativo. Assim, mesmo à situação de direito substancial já não se poderia, coerentemente, aplicar a figura da relação jurídica que, nascida do individualismo do século passado, constituía-se em vínculo entre sujeitos, vínculo que, mesmo dito de "coordenação", expressava, apenas, momentos alternados de subjugação (*Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 98).
21. FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale.* Padova: CEDAM, 1975, pp. 05-06.
22. Nas palavras de Elio Fazzalari, "Como repetido, o 'processo' é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION860 860 4/10/2007 14:41:33

processo como procedimento realizado em contraditório não é aplicada apenas ao processo jurisdicional, mas sim a todo tipo de procedimento que deva ser realizado em contraditório, como são exemplos, além do jurisdicional, o legislativo, o administrativo e o negocial. Trata-se de uma verdadeira faceta da Teoria Geral do Processo. A teoria de Fazzalari ganhou muitos adeptos[23], inclusive no Brasil[24]. Sua importância é fundamental, ela serviu para recolocar o procedimento no cerne do estudo da Ciência Processual. Por isso, alguns autores falam que estamos na terceira fase do procedimento, a fase do procedimento como a unidade do sistema processual,[25] em contraponto a primeira, onde o procedimento era o

---

contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo de que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. Como ressaltado, quando se fala de procedimento 'plurissubjetivo' refere-se ao esquema de atividade em seqüência, movida por mais sujeitos, que se distingue do esquema do verdadeiro e próprio processo. De resto, ninguém considera que a participação do privado consiste no pedido de licença de caça, e a participação do órgão consultivo que fornece ao autor do provimento o próprio parecer transforme o procedimento em processo. É necessária alguma coisa mais diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, *o contraditório.* Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de sua posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar conta dos resultados" (*Instituições de direito processual.* Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, pp. 118-120).

23. Há autores que defendem uma noção de processo parecida com a de procedimento, vejamos: "Por tanto, entendemos por proceso jurisidicional el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del Estado, con faculdades jurisdicionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controvérsia o controvérsias planteadas" (GARCIA, Carlos Arellano. *Teoria general del proceso.* México: Porrúa, 1980, p. 12). Salvatore Satta, ao seu modo, fala que, "o processo se apresenta extrinsecamente como uma série de atos em conformidades com aqueles sujeitos e ligados entre si por um nexo de coordenação para um fim" (*Direito processual civil.* Tradução: Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 225).
24. No Brasil, podemos dizer que são seguidores de Fazzalari, além do já citado Aroldo Plínio Gonçalves: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 111-115; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos.* 2ª ed. São Paulo: Síntese, 1999, pp. 83-85; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 145. Parece entender assim também, MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 42. Para Luiz Guilherme Marinoni, o procedimento é o aspecto extrínseco do processo, "Ora o processo pode ser analisado a partir de dois ângulos distintos: um externo, que caracteriza o procedimento, e outro interno, pertinente às relações entre os sujeitos processuais", (*Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 251-252).
25. Em sentido totalmente oposto, afirmando que a unidade do processo está na relação jurídica, "A série de atos processuais, próximos no espaço e no tempo, mas distintos, que constitui exteriormente o processo, pode se entender como uma unidade somente quando estes se concebam como manifestação visível de uma relação jurídica única; a relação processual é a fórmula mediante a qual se expressam a unidade e a identidade jurídica do processo", CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil.* Tradução: Douglas Dias Ferreira. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. I, p. 285. Em sentido semelhante, "Entretanto, o processo não é uma unidade apenas porque os diversos atos, de que se compõem,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION861 861 4/10/2007 14:41:34

próprio processo;[26] e na segunda, durante a égide suprema da teoria relacional, onde o procedimento era um reles aspecto formal do processo.[27]

3. AS CONCEPÇÕES MENOS CONHECIDAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

O processo, como um dos pilares da Ciência Jurídica, não poderia ter sido alvo apenas das teorias acima descritas. Desse modo, existem diversas outras teorias que analisaram ou analisam o processo, de modo a definir a sua natureza jurídica. Faremos agora, em grande parte, apoiados na obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,[28] uma síntese didática de algumas dessas teorias.

3.1. Benjamim N. Cardozo e seu livro sobre a natureza do processo

Primeiramente, falemos de um livro muito famoso intitulado de "A natureza do processo judicial", de autoria do ex-juiz da Suprema Corte Norte-Americana, Benjamin N. Cardozo.[29] Nada obstante o seu título, o livro não trata da natureza jurídica do processo,[30] trata-se, na verdade, de um livro sobre as influências de ordem filosófica, histórica, tradicionalista e sociológica que o juiz recebe para poder proferir a sua decisão. Parece ser um livro de como se deve proferir uma decisão jurisdicional. No último capítulo do livro, o autor demonstra a sua adesão ao precedente judicial.[31]

---

se associam com um objetivo comum. Essa unidade é característica de qualquer empresa, ainda que não jurídica, a exemplo de uma obra de arte, a construção de um edifício, uma experiência científica. O processo, ao contrário, é uma unidade *jurídica,* uma empresa *jurídica,* em outros termos, uma relação *jurídica",* CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Tradução: Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. I, p. 77.

26. Para Antonio Scarance Fernandes, em sua tese de cátedra, Fazzalari tem uma importância fundamental nessa nova fase do procedimento. O professor titular da USP cita a obra de Nicola Piccardi como uma obra precursora dessa nova fase procedimental (*Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.* São Paulo: RT, 2005, p. 31, nota 23).
27. Para uma lição aprofundada dessas fases do procedimento, ver FERNANDES, Antonio Scarance, ob., cit., pp. 23-36.
28. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., pp. 377-448. O autor define essas teorias como concepções menores acerca do processo, não porque não tenham importância, e sim por não terem sido publicadas em obras de vulto. Não obstante a isso, muitos consagrados processualistas, como Satta, Séntis Melendo e Ramiro Podeti, figuram como autores dessas teorias.
29. CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.
30. Segundo Niceto, o livro de Cardozo "Trátase de uno de los casos más flagrantes de falta de correspondencia entre título y contenido de una obra". E continua, afimarndo que o nome correto do livro de Cardozo deveria ser "Métodos (o criterios, pautas, orientaciones, etc.) para dictar sentencias", ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., p. 393.
31. CARDOZO, Benjamin N., ob., cit., pp. 105-133.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION862 862 4/10/2007 14:41:34

3.2. O processo como um serviço público

Deve-se aos franceses[32] a teoria que afirma ser o processo um serviço público. Para eles, a atividade administrativa, dentre as quais eles incluíam a jurisdição, não são nada mais do que serviços públicos[33]. Sem grandes delongas, podemos dizer que essa teoria é absurda. O Poder Judiciário exerce tanto a atividade jurisdicional (típica) como administrativa. No entanto, quando ele exerce atividade jurisdicional essa não pode ser confundida com um serviço público, esse é um instituto eminentemente do direito administrativo, que rege a administração pública, e não a jurisdição[34]. Desse modo, incorre num equívoco gravíssimo, quem tenta reduzir a jurisdição e seu instrumento – o processo–, a um mero serviço público oferecido pelo Estado. O juiz também é um servidor público, mas do ponto de vista da administração, não do ponto de vista processual.

3.3. Baumbach e a sua tese de substituição do processo civil pela jurisdição voluntária

Uma das teorias mais controvertidas sobre o processo é a tese do alemão Baumbach. Controvertida, pois ela servia de suporte para o famigerado Estado Nacional-Socialista alemão ou, simplesmente, Estado Nazista. Em 1938, o referido autor publicou o seu artigo *Zivilprozess und Gerichtbarkeit (Proceso civil y jurisdiccíon voluntaria,* na tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), onde ele propõe a substituição do processo civil alemão pelos modelos de jurisdição voluntária. Esse novo modelo deveria ser baseado, dentre outras coisas: na transformação do juiz em um burocrata, embora com amplos poderes, do Estado autoritário; no crescimento do princípio da oficialidade em face do princípio do dispositivo, de modo que a ação passava a ser uma mera faculdade, já que o Estado, por intermédio do juiz, poderia iniciar os processos oficiosamente e, mais ainda, no fim da supremacia da coisa julgada como garantia máxima da certeza e estabilidade jurídica em face da plena revogabilidade das decisões tomadas em processos de jurisdição voluntária. Esse tipo de visão sobre o sistema processual era de pleno interesse do Estado Nazista. Dentro desse sistema de governo, as decisões jurisdicionais jamais poderiam ser imutáveis, já

32. Segundo Niceto, são artífices dessa corrente: Duguit, Jèze y Nezard (ob., cit., p. 387).
33. Niceto, citando Guarnieri, afirma que esse entendimento prosperou na França por conta da origem histórica dos tribunais franceses, que surgiram diretamente do poder político, e foram controlados e regidos do mesmo modo que os órgãos administrativos (ob., cit., p. 387).
34. Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, serviço público é: *"Serviço público* é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, fruível singularmente pelos administrados" (*Curso de direito administrativo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 612).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION863 863 4/10/2007 14:41:34

que, sempre que necessário para manter a estabilidade do regime totalitário, se poderia rever a qualquer tempo uma decisão judicial. Segundo Niceto, que está com toda a razão, a proposta de Baumbach significou um retrocesso, notadamente em se tratando de matéria penal, pois trouxe o retorno do processo inquisitivo puro.[35]

3.4. Santiago Sentís Melendo e o processo como um acordo

O ilustre processualista argentino Santiago Sentís Melendo defende que o processo enquadrar-se-ia melhor como um acordo[36]. Sem voltar à fase privatista do processo, Sentís Melendo afirma que o processo não pode ser enquadrado nem como uma relação jurídica, nem como uma situação jurídica, pelo fato dessas doutrinas não terem firmeza e elaboração conceitual. Embora negue que o processo deva voltar a ser entendido como no tempo da *litiscontestatio,* Sentís Melendo afirma que ela oferecia ao processo uma harmonia que dificilmente se encontra na teoria relacional. Para ele, as figuras do contrato e quase-contrato não servem para definir o processo por terem feições nitidamente privadas. Todavia, reside na figura do acordo, por seu caráter geral, que acolhe tanto o direito material como o instrumental, a natureza do processo. Para Sentis, os litigantes desenvolvem atividades idênticas, só diferenciadas por um critério cronológico.[37] Assim, o conceito de processo poderia ser extraído da figura do acordo, que estabelece o vínculo existente entre os litigantes, tal como estabelecia a *litiscontestatio*.

Faremos, dentre tantas possíveis, uma crítica à teoria de Santiago Sentís Melendo. Não existe, no modo como ele propõe, um vínculo que une os litigantes no processo. Essas atividades idênticas, de que ele fala, nada mais é que a oportunidade de influir na decisão, a igualdade de armas, o contraditório, que, de fato, na grande maioria dos casos, serão atividades opostas, pois um vai argüir algo, e o outro vai contrapô-lo.[38] O processo pode ser encerrado por acordo entre os litigantes, mas isso, ainda que na minoria dos casos, só é constantemente visto nos casos onde há maior incidência do princípio do dispositivo. Contudo, deixemos bem claro que não defendemos que em se tratando de direitos indisponíveis não possa haver conciliações.

35. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., p. 413.
36. O texto, sobre a teoria de Séntis Melendo, baseia-se completamente na lição de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., pp. 414-418.
37. MELENDO, Santiago Séntis, *apud* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., p. 416.
38. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., p. 418.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION864 864 4/10/2007 14:41:34

3.5. J. Ramiro Podetti e a processo como a vontade vinculatória autárquica da lei[39]

O jurista argentino J. Ramiro Podetti, em seu livro *Teoria y técnica del proceso civil,* criticando a teoria relacional do processo, defende que esse se manifesta pela vontade vinculatória autárquica da lei.[40] Para ele, os litigantes, enquanto não recorrem à jurisdição, encontram-se no âmbito da autonomia da vontade, podendo, desse modo, solucionar o seu conflito livremente da forma convencional. Contudo, quando um dos litigantes deduz a sua pretensão em juízo formando o processo, as partes ficam submetidas à vontade vinculatória autárquica da lei, essa substitui a autonomia da vontade. Para Podetti, na fase pré-jurisdicional qualquer liame existente entre os litigantes constitui uma relação jurídica. Todavia, na fase processual os nexos existentes entre as partes não simbolizam um relação jurídica:

> Los nexos que vemos en el proceso, en forma de peticiones al poder jurisdiccional, de deberes o cargas, de derechos en contra del Estado y frente del colitigante (aunque de diversa índole), de expectativas y posibilidades de futuros ligámenes y aun de obligaciones emanadas o reconocidas en las sentencias definitivas o interlocutorias, no son pues propriamente relaciones, en cuanto éstas surgen de la autonomia de la voluntad de los individuos en las relaciones de convivencia, sino de la voluntad vinculatoria de la ley, que se sobrepone a las voluntades vinculadas.[41]

Defende Podetti, ainda, que a vontade vinculatória se manifesta pelo juiz. No entanto, não nele próprio, e sim na figura dele como órgão do Estado, porquanto não poder prevalecer no processo a vontade individual do juiz:

> Y esa voluntad vinculatoria autárquica, se manifiesta por intermedio del juez, pero vincula también a éste, sin atender a su propia voluntad, cuando le impone realización de actos, supuestas determinadas situaciones. Y es así, no sólo porque la ley establece obligaciones a cargo del juez, sino porque éste forma parte del orden jurídico, en cuya plena armonía tiene que desenvolverse.[42]

Não prospera, ao nosso ver, a idéia de Ramiro Podetti, ao menos na sua tentativa de demonstrar a natureza jurídica do processo. Primeiramente, que a relação jurídica é um conceito do direito privado, onde impera a autonomia da vontade, é algo sem sentido. Relação jurídica, como vimos acima, é efeito de um fato jurídico, que pode ser oriundo de uma norma que regulamente tanto o direito público como o direito privado. Em segundo lugar, que no processo exista uma relação

39. Texto escrito com base no livro de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., pp. 418-421.
40. PODETTI, J. Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil.* Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 415.
41. PODETTI, RAMIRO J., *apud* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., p. 419.
42. *Ibidem.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION865 865 4/10/2007 14:41:35

jurídica, a partir do conceito posto acima, parece não haver quaisquer dúvidas. A tese do ilustre processualista argentino tem êxito no sentido de demonstrar o escopo jurídico da jurisdição, que é a autuação da vontade concreta da lei. Entretanto, é falha no sentido de demonstrar a natureza jurídica do processo, não se pode confundir o fim da jurisdição, com a natureza jurídica do instrumento por ela usado, que é o processo.

3.6. Foschini e o processo como uma entidade complexa

O professor da Universidade de Camerino, Gaetano Foschini, publicou, em 1948, um artigo sobre o tema da natureza jurídica do processo[43]. Para ele, o processo é uma entidade complexa, uma combinação de uma pluralidade (atos, relações e situações) e uma unidade (coordenação dos elementos que formam a pluralidade). Pode-se classificar o processo, de acordo com Foschini, de três formas: em primeiro lugar, de forma abstrata (normativa), que é a relação jurídica processual; em segundo lugar, de modo concreto estático, que é a situação jurídica complexa; e, em terceiro lugar, também de modo concreto, porém dinâmico, que é o ato jurídico complexo.[44]

Podemos dizer que, para Foschini, o processo é a conjunção de uma relação jurídica, uma situação jurídica e um ato complexo. Ele admite, portanto, de certa forma, tanto a teoria de Bülow, como a de Goldschmidt. Sem nos estendermos demasiadamente, a teoria de Foschini peca no sentido de que distingue, como se fossem coisas completamente estanques, situação jurídica e relação jurídica, como já podemos observar, a primeira é um gênero do qual a segunda é uma de suas espécies. No mesmo sentido, não podemos concordar com a afirmação que a relação jurídica é uma espécie normativa (visão abstrata do processo). Relação jurídica, não custa repetir, é um espécie de eficácia de um fato jurídico, esse é extraído da incidência de uma hipótese normativa (suporte fático abstrato + preceito) sobre um fato social (suporte fático concreto).

No Brasil, o professor Cândido Rangel Dinamarco afirma que o processo é um entidade jurídica complexa, contudo, num sentido diverso do defendido por Foschini[45]. Para o ilustre mestre da USP e seus seguidores[46], o processo é uma

43. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., p. 440.
44. Essa idéia de Foschini foi retirada de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, ob., cit., p. 440.
45. O próprio Cândido Dinamarco fala de sua objeção a idéia de Foschini (*A instrumentalidade do processo.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93, nota 03).
46. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 2. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 179. Também: FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente processual: questão incidental, procedimento incidental*. São Paulo: RT, 1991, pp. 79-80; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 1999, p. 166.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION866 866 4/10/2007 14:41:35

entidade complexa no sentido de que nem a teoria da relação jurídica está absolutamente correta, por não dar ênfase ao procedimento; bem como, a teoria do procedimento em contraditório é imune de apontamentos, por negar valor algum à relação jurídica. Nesse diapasão, processo seria "o procedimento animado pela relação jurídica processual".[47] Essa teoria nos parece ser muito adequada para descrever o fenômeno processual.

3.7. Calamandrei e seu artigo sobre o processo como um jogo

O mestre italiano Piero Calamandrei em um artigo até que bem conhecido define o processo como sendo um jogo, ou no original, *"Il processo come giuoco"*. De início, devemos afirmar que o mestre italiano não pretendeu, a partir do citado artigo, formular uma nova concepção de processo. Muito ao contrário, ele sempre foi um dos defensores da teoria relacional, inclusive, conforme citamos na nota de n. 24, ele via na relação processual a unidade do processo. O processo, para Calamandrei, é um jogo, pois, dentro da sua vasta visão da prática forense, as partes meio que se encontram nele dentro de uma batalha pela vitória, onde elas se utilizam de engenhosos raciocínios e argumentos para convencerem o juiz sobre as suas razões, de modo a obterem um resultado favorável. As partes formulam no processo uma série de atos que se entrecruzam e que parecem com os movimentos de um jogo esportivo. Esses atos são a demanda, a contestação a réplica, dentre outros.

Essa visão de processo é muito interessante, serve, de fato, para ilustrar geniosamente como ele se mostra na prática, mas não tem serventia, obviamente, para definir a sua natureza jurídica. Felizmente, esse não foi o intuito do mestre de Florença, que diferentemente de James Goldschmidt, não tentou definir o processo tal como ele se mostra na prática.

3.7. O processo como uma categoria jurídica nova

Existe uma corrente doutrinária que afirma que o processo é uma categoria jurídica nova, seu conceito ainda não conseguiu ser desenvolvido e não pode ser encaixado em nenhum já estudado, como: a relação jurídica, a situação jurídica, a instituição e o procedimento. Capitaneia essa corrente o jurista espanhol Juan Montero Arouca.[48] No Brasil, temos como seu seguidor o processualista penal Afrânio Silva Jardim:

---

47. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 128.
48. AROUCA, Juan Montero. "En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional". *Estúdios de derecho procesal.* Barcelona: Bosch, 1981, p. 36.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION867 867 4/10/2007 14:41:35

> […] um posicionamento corajoso, qual seja, admitir que o processo já foi desvendado suficientemente em sua estrutura peculiar, tendo ontologia própria, hábil a concebê-lo como categoria autônoma dentro do quadro da teoria geral do processo.[49]

Para esses processualistas, o processo pode ser enquadrado como um *genus novum,* que ainda carece de conceituação e delimitação teórica.[50]

3.8. Outras teorias

Dentre outras teorias abordadas por Niceto, podemos citar: a teoria do processo como estado de ligação de Kisch; as doutrinas de Salvatore Satta, processo como modificação jurídica e processo como mistério; o processo como reprodução jurídica de uma interferência real de Lois Estévez. Niceto cita, inclusive, a obra do nosso jurista Luiz Machado Guimarães – *A instância e a relação processual* –, na qual o autor defende que o processo é uma relação jurídica, apenas o nome de relação deveria ser trocado pelo de instância[51]. Uma teoria não citada pelo mestre mexicano, mas que devemos relacionar é a do processualista uruguaio Dante Barrios de Ángelis, que parece defender ser o processo uma estrutura:

> […] en verdad, siempre hemos sostenido que el proceso *es* estructura; o sea que su ser se integra con uma multiplicidad de estructuras (de sujetos, de actos, de funciones).[52]

Há autores, aos seus modos, que definem o processo de forma finalística, dentre eles, podemos citar o gaúcho Alcides Mendonça Lima: "Processo é o fim da atividade jurisdicional; procedimento é a forma que reveste o processo".[53] Nada obstante o grande saber do mestre dos pampas, esse tipo de visão, por ele visualizada, não serve para conceituar o processo cientificamente, serve, tão somente, para demonstrar a sua finalidade.

---

49. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.
50. Apoiados em Niceto, afirmamos que o mestre argentino Santiago Sentís Melendo defende que o processo é um acordo. Contudo, Sentís, em outra obra, chega a admitir a categorização do processo como algo novo: "A mi parece mucho más interessante la determinacción a que se refiere Couture, de si el proceso forma de alguna de las figuras conocidas del derecho o si, por el contrario, constituye por sí solo uma categoría especial. Y no veo la necesidad de llevarlo a otras categorías jurídicas. El proceso tiene características y vida propia y ha de ser contemplado con 'tal proceso'. Poco importaría que fuere una 'relación' o una situación, si estos conceptos son tan amplios, que se sintiera la necesidad delimitaciones dentro de los mismos para llegar a la figura concreta del 'proceso'" (*Teoría y práctica del proceso: ensayos de derecho procesal.* Buenos Aires: EJEA, 1959, v. I, p. 44).
51. Cf. GUIMARÃES, Luiz Machado. "A instância e a relação processual". *Estudos de direito processual civil.* Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969, pp. 33-75.
52. ÁNGELIS, Dante Barrios de. *Teoría del proceso.* 2ª ed. Montevidéu: BdeF, 2002, p. 18.
53. LIMA, Alcides Mendonça. *Direito processual civil.* São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 117.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION868 868 4/10/2007 14:41:35

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

As chamadas concepções menores acerca do processo, usando a linguagem proposta por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, são inúmeras. Este simples opúsculo não teve jamais a finalidade de esgotá-las, muitíssimo menos de tratá-las em profundidade. Tivemos apenas a idéia de elaborar um síntese didática sobre algumas das teorias menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo que, ao nosso ver, são as mais interessantes. Talvez, e esperamos que o leitor assim entenda, o nosso intuito maior foi de demonstrar que um tema tão relevante como o da natureza jurídica do processo está muito longe de ser algo uniforme na doutrina, haja vista a redescoberta do procedimento por Elio Fazzalari, que relativizou a onipresença da teoria relacional. Pelo contrário, como podemos perceber, alguns dos grandes processualistas da história tentaram, cada um ao seu modo, definir a natureza jurídica do processo. Foi isso que pretendemos demonstrar.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION869 869 4/10/2007 14:41:36









CAPÍTULO XXXV

TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DE DIREITOS: ANOTAÇÕES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Robson Renault Godinho*

Sumário: 1. Introdução – 2. Tutela de Direitos e Processo – 3. Tutela jurisdicional e tutela de direitos: 3.1. Tutela jurisdicional diferenciada – 4. Técnica processual e tutela de direitos – 5. A admissibilidade da tutela jurisdicional – 6. A admissibilidade da tutela jurisdicional e a tutela de direitos.

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento abstrato de direitos é insuficiente para a integral proteção de seus titulares. Se direitos são reconhecidos, o ordenamento jurídico tem que oferecer meios para sua realização em caso de violação atual ou potencial, sobretudo porque, na correta observação de Norberto Bobbio, proclamar direitos é diferente de desfrutá-los efetivamente[1].

É intuitivo que o titular de um direito deve possuir meios que lhe assegurem e possibilitem seu exercício, e um Estado de Direito só é digno desse nome na medida em que oferece instrumentos eficazes para a realização dos direitos, seja por via legislativa, administrativa ou jurisdicional.

Embora a atividade jurisdicional seja apenas um dos meios aptos a tutelar direitos[2], o objeto destas anotações se cingirá aos aspectos concernentes à admissibilidade desse instrumento específico, isto é, das vicissitudes por que passa o

---

(*) Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP e Promotor de Justiça – Rio de Janeiro.

1. "Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido" (*A Era dos Direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.). São Paulo: Campus, 1992, p. 10).
2. "Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a 'uma protección jurídica efectiva'. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos. [...] El hecho de que en ámbito de los derechos fundamentales las normas procedimentales no puedan proporcionar todo no significa que deban ser subestimadas. Allí donde las normas procedimentales pueden aumentar la protección de los derechos fundamentales, está exigidas prima facie por principios iusfundamentales" (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Ernesto Garzón Valdés (trad.) e Ruth Zimmerling (rev.). Madrid: Centro de Estúdios Políticos e Constitucionales, 2001, pp. 472/474). Sobre o tema, confira-se a dissertação de Marcia Zollinger: Proteção Processual aos Direitos Fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION871 871 4/10/2007 14:41:36

processo a fim de que o mérito seja apreciado e, o mais importante, que o direito reconhecido seja empiricamente realizado.

Examinaremos, pois, o plano da admissibilidade da tutela jurisdicional[3] a partir da idéia de que o processo é um expediente técnico posto a serviço da tutela do direito material, consistindo em garantia constitucional de amplo e efetivo acesso à justiça.

Nesse contexto, embora não seja nosso propósito examinar todos os aspectos do complexo tema da admissibilidade da tutela jurisdicional[4], procuraremos tecer considerações acerca das causas que podem inviabilizar o julgamento do mérito do processo.

Se o fim natural do processo é a tutela do direito material, sua extinção prematura deve ser vista como um episódio acidental e indesejável, podendo-se afirmar que *"a extinção do processo sem exame do mérito deve ser encarado por todos, principalmente pelo magistrado, como resultado de um fracasso"*.[5]

Ao mesmo tempo, não é possível admitir o ajuizamento de qualquer demanda, o exercício indiscriminado de ações ou o desenvolvimento sem balizamentos de processos, devendo haver um justo equilíbrio entre a realização do direito material e a admissibilidade da tutela jurisdicional.

A dificuldade de se encontrar esse equilíbrio leva à necessidade de o intérprete sempre buscar a função constitucional do processo, ponderando[6], à luz do caso concreto, se há possibilidade de concessão da tutela jurisdicional, mesmo diante de uma aparente inadmissibilidade, cujo reconhecimento não deve ser automático.

---

3. Optamos por essa terminologia – ou seja, *"admissibilidade da tutela jurisdicional* – por nos afigurar maior precisão do que a "admissibilidade do processo" ou da "demanda". Entretanto, mais do que a precisão terminológica, releva esclarecer do que trataremos: do plano da admissibilidade para o pronunciamento sobre o objeto do processo, ou seja, das questões preliminares ao exame de mérito, que podem impedir ou determinar aquele pronunciamento (cf. CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 1/2).
4. Para um exame completo do tema, inclusive com ampla pesquisa bibliográfica, merece especial referência a tese de doutoramento de Fredie Didier Jr.: *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. Após a edição dessa tese, foram publicados dois livros que também merecem ser consultados: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. MARINONI. Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.
5. DIDIER JR. Ob. cit., p. 51.
6. Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 72.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION872 872 4/10/2007 14:41:36

Em síntese, a partir da vocação do processo para a proteção do direito material, traçaremos considerações críticas sobre o juízo de admissibilidade da tutela jurisdicional, sempre com olhos na finalidade do processo, sem descurar que se trata, sim, de um instrumento técnico, mas que tem sua razão de ser na sua função de instrumento eficaz para a concretização do acesso à justiça.

2. TUTELA DE DIREITOS E PROCESSO

Para o desenvolvimento do tema proposto, parece-nos fundamental resgatar a tutela de direitos como escopo do processo, mormente porque não é pacífica essa postura metodológica.

Ao destacar que a preocupação com a efetividade do processo autoriza o retorno, em novo contexto, das especulações acerca da idéia de *tutela jurisdicional*, Cândido Rangel Dinamarco observa que a *tutela dos direitos* como escopo do processo[7] foi repudiada por se constituir em uma projeção de uma idéia imanentista e da concepção de um processo civil do autor, fazendo com que a idéia de tutela dos direitos simplesmente deixasse de ser preocupação por décadas.[8]-[9] Prossegue ainda Dinamarco afirmando que, sob a óptica de um processo civil de resultados, *pessoas* é que são tuteladas e não *direitos*.[10]

Em contraposição a essas idéias, há quem defenda que a tutela dos direitos deva ser considerada o escopo jurídico do processo.

---

7. Os escopos do processo foram desenvolvidos com originalidade por Cândido Rangel Dinamarco em seu clássico *A Instrumentalidade do Processo*. Em suas recentes *Instituições*, Dinamarco sintetiza seu pensamento reafirmando que o processo possui os seguintes escopos: a) sociais: pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça e educar para a defesa de direitos próprios e respeito aos alheios; b) políticos: estabilidade das instituições políticas, exercício da cidadania e preservação do valor liberdade; c) jurídico: atuação da vontade concreta do direito (*Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 127/134).
8. Ao comentar essa passagem de Dinamarco, Ovídio Baptista da Silva corretamente observa que "entre afirmar que o 'escopo' do processo não é mais a 'tutela de direitos', porque fora equivocado identificar a ação com o exercício de direitos 'pelo autor', há um espaço considerável" (*Processo e Ideologia – o paradigma racionalista.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 187. Nas páginas 192/198, o autor critica a orientação doutrinária de se classificarem as tutelas a partir do direito material, por lhe parecer inútil tal critério).
9. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo Civil Moderno*. vol. II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 799/802. Observe-se que no direito italiano, em razão de dispositivos específicos do Código Civil, os processualistas voltaram a tratar da tutela dos direitos com muita ênfase, como registra o próprio Dinamarco (ob. cit. pp. 802/805). Confiram-se: DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2001, *passim*. LA CHINA, Sergio. *Trattato di Diritto Privato*. Pietro Rescignio (dir.). 2ª ed. Vol. 19, t. I. Torino: UTET, 1997, pp. 03/68.
10. Idem, p. 825. Reconhece Dinamarco que em muitos casos as pessoas são tuteladas mediante o resguardo dos direitos subjetivos, como ocorre na tutela executiva, na constitutiva, na declaratória positiva e, em certa medida, na tutela condenatória e na cautelar, mas não há tutela a direitos nas sentenças declaratórias negativas (p. 827).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION873 873 4/10/2007 14:41:36

Para Fábio Cardoso Machado, por exemplo, excluir a tutela dos direitos das preocupações do processo contrasta com a tendência de aproximar o direito processual do direito material e com até com a idéia de efetividade do processo[11].

José Roberto dos Santos Bedaque entende que *tutela de direitos* significa a garantia constitucional de tutela jurisdicional de todos os direitos subjetivos[12] e não há nenhum antagonismo entre essa idéia e a noção de autonomia do processo.

Concordamos com essa observação, na medida em que o direito processual e o direito material possuem uma *"dependência recíproca"*[13], sendo impossível estudar o processo sem mirar os direitos cuja tutela se pretende[14].

Na realidade, o direito material e o processo são dimensões indissociáveis da garantia de tutela de direitos consagrada constitucionalmente e, a rigor,

> […] jamais houve – ou poderia ter ocorrido – isolamento do direito processual, pois há nítida interdependência entre ele e o direito material. Isso é tão evidente que supor o contrário seria o mesmo que supor que esquecer a razão de ser do processo, considerada a necessidade de este ter que ser pensado à luz da realidade social e do papel que o direito material desempenha na sociedade.[15]

A aproximação com o direito material não traduz nenhum risco para a autonomia do direito processual, de modo que nos parece excessivo pudor e incompreensível resistência rechaçar a tutela dos direitos dos objetivos do processo.

---

11. Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. nº 32. Curitiba: Gênesis, abril/junho de 2004, p. 257.
12. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 32.
13. Como observado por Andrea Proto Pisani, "il diritto processuale non potrebbe esistere senza il diritto sostanziale (indispensabilità del diritto sostanziale), così – è ora de aggiungere – il diritto sostanziale non potrebbe esistere senza il diritto processuale. Pur nella diversità, vi è uma stretta indipendenza (cioè dipendenza recíproca) tra diritto sostanziale e diritto processuale. [...] Si comprende quindi l'importanza del diritto processuale: dalla sua esistenza dipende la stessa esistenza – a la livello di effettività – del diritto sostanziale" *Lezioni de Diritto Processuale Civile*. 4 ed. Napoli: Jovene, 2002, pp. 4 e 5.
14. Galeno Lacerda, há quase cinqüenta anos, segundo noticia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira na nota prévia ao volume de estudos que homenageou aquele processualista, já afirmava: "Já é tempo de nós, cultores do direito processual, ao invés de proclamarmos uma independência absoluta, que não se concilia com a natureza de nossa ciência, lhe reconhecermos, ao contrário, com humildade, o verdadeiro papel e a legítima função – de meio voltado para o nobre fim de definir o direito material in concreto" ("Nota prévia do organizador. *Saneamento do Processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 8).
15. MARINONI. Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 56. Mais recentemente, do mesmo autor: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006. Confiram-se, ainda, os trabalhos que integram a coletânea *Polêmica sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre o direito e processo*. Fábio Machado Cardoso e Guilherme Rizzo Amaral (org.). Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION874 874 4/10/2007 14:41:37

Com exatidão afirma Luiz Guilherme Marinoni que a idéia de adequação do instrumento ao direito material exige que o processo seja considerado como técnica destinada à efetividade dos direitos, sendo fundamental conhecer as necessidades do direito reclamado, que nada mais são do que os resultados jurídico-substanciais que o processo deve proporcionar para que os direitos sejam efetivamente protegidos, e tais resultados são as *tutelas dos direitos*, que *"devem passar a priorizar o tempo da doutrina"*.[16]

Considerando que a tutela jurisdicional significa a técnica processual a serviço de seu resultado[17], não vemos nenhuma incompatibilidade entre os fins do processo e o tema da tutela dos direitos. A preocupação com a tutela dos direitos nada mais é do que um modo de fazer com que o processo seja realmente efetivo.[18]

A tutela dos direitos é gênero de que são espécies a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração[19]. Por nos interessar mais de perto a tutela jurisdicional, para ela reservamos o tópico seguinte.

3. TUTELA JURISDICIONAL E TUTELA DE DIREITOS

O estudo da *tutela jurisdicional* vem ganhando destaque doutrinário e, embora não haja uma conceituação uniforme, percebe-se nítida preocupação com a efetividade do resultado do processo.

Vejamos alguns pronunciamentos doutrinários sobre o conceito de tutela jurisdicional[20].

Em importante estudo sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco inicialmente adverte que, em um processo preocupado com o resultado, a tutela jurisdicional

16. Idem, pp. 28/29.
17. BEDAQUE. *Direito e Processo, cit.*, p. 25.
18. Com a precisão de sempre, BARBOSA MOREIRA afirma que "será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material", acrescentando que por um processo socialmente efetivo deve ser entendido como "processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial" (Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. nº 105. São Paulo: RT, janeiro/março de 2002, pp. 181/182).
19. MARINONI. *Técnica Processual...cit.*, pp. 146/147).
20. Cf., também, o panorama descrito por Daniel Roberto Hertel: *Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, pp. 55/66. Ainda: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. *Polêmica sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre o direito e processo*. Fábio Machado Cardoso e Guilherme Rizzo Amaral (org.). Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, especialmente pp. 314/319. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 259/269.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION875 875 4/10/2007 14:41:37

não é mero exercício da jurisdição nem simples emissão de provimento judicial. Segundo seu pensamento, há uma escalada de intensidade no conceito de tutela jurisdicional, de modo que *"a verdadeira tutela jurisdicional socialmente útil é aquela que se outorga, mediante o exercício consumado da jurisdição, a quem tenha razão segundo o direito material"*, efetivando-se ao fim de cada processo, salvo antecipações.[21] De acordo com esse raciocínio, apenas uma das partes do processo receberá a tutela jurisdicional *plena*, que será sempre prestada ao litigante que tiver razão no plano material.

José Roberto dos Santos Bedaque, na mesma linha, aproxima bastante de seu conceito de tutela jurisdicional a noção de direito material:

> A tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados pelo direito material [...] Tutela jurisdicional relaciona-se, pois, com o direito material; distingue-se de prestação jurisdicional (serviço jurisdicional) ou do dever de resposta ao poder de ação. [...] É análise do fenômeno processual do ângulo de quem tem razão. [...] Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado", concluindo que "tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.[22]

Em estudo posterior, o mesmo autor concebeu a tutela jurisdicional como *"garantia efetiva, constitucionalmente prevista, de proteção eficaz e tempestiva ao direito material"*.[23]

Sobre o conceito de tutela jurisdicional, assim se manifesta Rogério Aguiar Munhoz Soares:

> Tutelar é conferir proteção. A tutela jurisdicional é prestada por meio do processo. Do ponto de vista de quem postula, é o resultado de um provimento favorável. Se este atende exatamente à necessidade da parte e lhe é ofertado em tempo útil, diz-se que a tutela jurisdicional foi plena. Do ponto de vista do demandado e do ordenamento como um todo, há que se aferir a observância do devido processo legal e das garantias constitucionais do processo e regras processuais decorrentes.[24]

---

21. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do Processo Civil Moderno,* vol. II. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 816.
22. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 24/25 e 31. Seu conceito conta com a expressa adesão, por exemplo, de Marcos Destefenni, em seu estudo intitulado *Natureza Constitucional da Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 145/150.
23. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 17.
24. *Tutela Jurisdicional Diferenciada – Tutelas de urgência e medidas liminares em geral.* São Paulo: Ma-

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION876 876 4/10/2007 14:41:37

Flávio Luiz Yarshell inicia seu estudo acerca da tutela jurisdicional vinculando o conceito com o resultado do processo em favor do vencedor, mas observa que a idéia deve ser mais ampla, a fim de incluir os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado.[25] Na conclusão de seu trabalho, Yarshell expressamente afirma que

> [...] "tutela jurisdicional" é locução apta a designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios predispostos para a obtenção desse resultado. Nessa medida, portanto, o exercício da jurisdição, por meio do processo, é forma de tutela para o autor e para o réu, embora de formas distintas.[26]

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, entende que tutela jurisdicional

> [...] não é sinônimo de sentença, mas sim de procedimento estruturado (mediante, por exemplo, sumarização formal e material, tutela antecipatória, sentença imediatamente executável) para tutelar efetiva e adequadamente o direito material.[27]

Para Donaldo Armelin, a tutela jurisdicional consubstancia-se *"no ato ou atos mediante os quais se atende a pretensão da parte"*.[28]

Sérgio Cruz Arenhart reserva o conceito de tutela jurisdicional para a proteção de direitos processuais, não importando o valor do resultado final da deliberação judicial,

> [...] já que basta para ela ocorrer que o Estado assegure aos interessados plenas condições de acesso aos mecanismos públicos de proteção e de interferência na aplicação do poder estatal.[29]

Vê-se, pois, que os conceitos apresentados não são totalmente coincidentes. Pelo conceito mais restrito, só haveria tutela jurisdicional no caso de satisfação integral da pretensão da parte. Em contrapartida, o conceito oferecido por Yarshell é amplo demais, confundindo-se com o próprio conceito de devido processo legal.[30]

Entendemos que só há efetivamente tutela jurisdicional quando ocorre pronunciamento sobre o direito que está sendo discutido no processo, colocando-se à disposição os meios necessários para a efetivação do direito reconhecido.

---

lheiros, 2000, p. 133.

25. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 28 e 31.
26. Ob. cit. p. 189.
27. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 1998, p. 22.
28. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*. nº 65. São Paulo: RT, 1992, p. 46.
29. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, pp. 43/44.
30. Cf. SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. Ob. cit., pp. 127/129.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION877 877 4/10/2007 14:41:37

Ou seja: em razão da instrumentalidade e da efetividade do processo, que deve estar preocupado com o resultado, a tutela jurisdicional se confunde com a proteção do direito violado ou ameaçado de violação. Isso não significa, contudo, que não haja tutela jurisdicional quando há extinção do processo sem julgamento do mérito; significa, simplesmente, que a tutela jurisdicional efetiva (ou, se preferir, plena) é aquela que encerra uma resposta – positiva ou negativa – ao pedido formulado na inicial.[31-32] O conceito de tutela jurisdicional em nossa opinião, portanto, é formulado a partir da idéia de tutela de direitos.

3.1. Tutela jurisdicional diferenciada

Dentro do estudo da tutela jurisdicional de direitos, encontra-se ainda a importante noção de *tutela jurisdicional diferenciada*. A temática da diferenciação de tutelas[33] surge no contexto da preocupação com a efetividade do processo e decorre da idéia da adaptabilidade da tutela jurisdicional[34] à sua própria finalidade.[35]

---

31. Confira-se a seguinte abordagem de Luciane Gonçalves Tessler: "tutela jurisdicional, porém, não se restringe ao provimento de procedência do pedido. Não se confunde tutela jurisdicional com a existência do direito protegido no plano material. Ou seja, há tutela jurisdicional também nos casos em que o juiz, ao decidir, não vislumbra a existência do direito afirmado pelo autor. Sempre que o juiz, após ser provocado em razão do exercício em razão do direito de ação, em um processo em que se observou o devido processo legal, presta uma resposta, existiu tutela jurisdicional" (*Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente – tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: RT, 2004, p. 157). Humberto Theodoro Júnior afirma que sempre haverá *prestação jurisdicional*, mas nem sempre se estará diante de *tutela jurisdicional*, que somente será prestada a quem realmente detiver o direito invocado (*Curso de Direito processual Civil*. Vol. I. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62).
32. Note-se que a simples resposta jurisdicional pode ser insuficiente para a tutela de direitos, já que o direito de ação não pode ser visto apenas como garantia à apreciação da afirmação de um direito ou como direito a julgamento de mérito, sendo necessária a efetiva realização do direito material (cf., especificamente sobre os meios executivos e a tutela de direitos, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, *v. 3, Execução*. São Paulo: RT, 2007.
33. Rogério Aguiar Munhoz Soares credita a um estudo de Proto Pisani, publicado em 1973, o pioneirismo acerca do estudo da tutela diferenciada (*Ob. cit.*, p. 133).
34. "Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identifica com um cinzel comum. Em segundo, impo-se que a adaptação se faça ao objeto: atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado. Em terceiro, urge que se considere o fim: trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos" (LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 253). Cf., ainda: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 116/120. DIDIER JR., Fredie. *S*obre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br.
35. Cf. ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. . *Revista de Processo*. nº 65. São Paulo: RT, 1992, p. 45. Confira-se o seguinte excerto de Mauro Cappelletti:"La instrumentalidad del derecho

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION878 878 4/10/2007 14:41:38

A importância de haver tutelas diferenciadas foi ressaltada com propriedade por Donaldo Armelin:

> [...] presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo da prestação à sua finalidade específica, espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade.[36]

Vale notar que formas de tutelas jurisdicionais diferenciadas já existiam, na medida em que os provimentos judiciais se apresentam sob forma de declaração *lato sensu*, satisfação coercitiva de direitos já declarados ou em eliminação de uma situação de perigo, conforme o tipo reclamado por quem o postula. Além disso, há diferenciados instrumentos veiculadores do pedido de tutela jurisdicional e a tutela prestada. Sendo assim, a moderna temática da tutela diferenciada deve significar um enfoque novo, que precisa ser bem delineado, já que a expressão *tutela diferenciada* se mostra equívoca.[37]

Ao menos duas noções conceituais acerca da tutela diferenciada podem ser adotadas:

1) Tendo como referencial a própria tutela a ser prestada, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela ali veiculado;

2) Pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular.

Como é difícil imaginar uma tutela diferente das já existentes, a diferenciação da primeira hipótese deve ser buscada na qualidade que se empresta aos efeitos das tutelas já conhecidas, isto é, na projeção, durabilidade ou perenidade de seus efeitos no tempo. A supressão da imutabilidade da prestação jurisdicional,

---

procesal y, por ende, de la técnica del proceso, impone sin embargo una consecuencia de gran importancia. Al igual de todo instrumento, también ese derecho y esa técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular del derecho substancial y a la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho. Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaleza e a esa finalidad" (Ideologias en el derecho procesal. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 6).

36. Ob. Cit. p. 45.

37. Idem, p. 46. Da mesma forma Andrea Proto Pisani, em estudo clássico: Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista de Diritto Processuale*, ano XXXIV, nº 4. Padova: CEDAM, outubro/dezembro de 1979, pp. 536/591 (nessa mesma edição há interessante trabalho, em outra linha, de Luigi Montesano: Luci ed ombre in leggi e porposte di 'tutele differenziate' nei processi civili, pp. 592/603).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION879 879 4/10/2007 14:41:38

portanto, é um dos limites para a diferenciação da tutela jurisdicional (*satisfação sem imutabilidade*). No que se refere à segunda hipótese antes mencionada, a diferenciação situa-se em técnicas relativas ao procedimento (antecipação no *iter* procedimental de processo de cognição plena e exauriente) e/ou do grau de cognição necessária à efetivação da tutela (cognição sumária).[38]

Rogério Aguiar Munhoz Soares assim resume seu entendimento:

> […] por tutela jurisdicional diferenciada entende-se tanto as tutelas que podem ser realizadas mediante cognição sumária, porque aptas desde logo a realizar o direito afirmado pelo litigante, quanto qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao processo comum.[39]

Já L. A. Becker conceitua tutela diferenciada como sendo tipos de procedimentos diversos do ordinário,

> […] construídos especialmente com o escopo de garantir um processo mais rápido para as situações em que a lentidão do procedimento ordinário causa danos aos interesses que dependem da tutela jurisdicional.[40]

Cândido Rangel Dinamarco entende que tutela jurisdicional diferenciada é

> […] a proteção concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária.[41]

Para José Roberto dos Santos Bedaque, pode-se entender a tutela diferenciada de duas formas:

1) Procedimentos específicos elaborados a partir das particularidades da relação material;

2) Regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente. Adotando-se a primeira posição, que é a mesma de L. A. Becker, verifica-se que o Código de Processo Civil dedica um livro inteiro a tutelas diferenciadas (livro IV).

Afirma Bedaque que, em sentido bem amplo, todas as modalidades de tutela seriam diferenciadas, visto que cada uma delas está voltada para a solução de determinada espécie de crise verificada no plano substancial.[42]

---

38. ARMELIN. Ob. cit., *passim*.
39. *Ob. cit.*, 141.
40. *Contratos Bancários: execuções especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206.
41. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 733.
42. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 26.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION880 880 4/10/2007 14:41:38

O conceito de tutela diferenciada fornecido acima não se confunde com instrumentos diferentes de atuação da tutela jurisdicional, sem afetação do resultado comum ao processo de conhecimento (sumarização formal do procedimento, por exemplo). Pode haver diversificação de procedimento que, modificando o resultado comum ao procedimento ordinário, acabe por consistir em uma tutela jurisdicional diferenciada, como é o caso do procedimento monitório.

Na síntese de Ada Pellegrini Grinover, tutela diferenciada é aquela que

> […] se contrapõe à obtida pelo procedimento ordinário, considerado o paradigma das formas processuais em boa parte do século passado, por possibilitar a solução dos conflitos de maneira segura, cercando o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias e culminando com a sentença de mérito e a estabilização da coisa julgada.[43]

A partir dessas noções, verifica-se que o procedimento pode consistir na diferenciação da tutela, desde que haja modificação do resultado obtenível no procedimento que pode ser designado como sendo o *comum*, tornando efetiva a tutela jurisdicional. Advirta-se que a diferenciação da tutela pode significar sacrifício de direitos do réu, motivo pelo qual os interesses em jogo devem ser ponderados para que não haja nenhum excesso constitucionalmente vedado na consagração de instrumentos diferenciadores. A propósito, vale transcrever o seguinte excerto da lavra de Luiz Guilherme Marinoni:

> Há visível relação entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa, no sentido de que a progressão do primeiro pode implicar restrição no segundo. Lembre-se, considerando-se esses direitos, i) que o procedimento de cognição parcial implica restrição ao direito à alegação; ii) que a tutela antecipatória – dita com base em verossimilhança – implica restrição do direito à produção de prova; iii) que os provimentos executivos e mandamentais podem se ligar a meios executivos diversos; iv) que o juiz pode conceder provimento e meio de execução diverso do pedido; v) que o juiz pode, de ofício, ainda que depois do trânsito em julgado da sentença, conceder meio executivo diferente do fixado na sentença; e, enfim, vi) que a omissão do legislador, em instituir técnica necessária para a efetividade da tutela de um direito, deve ser suprida diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. [44]

A importância da tutela jurisdicional diferenciada está no reconhecimento da necessidade de o processo adaptar-se a diferentes situações decorrentes do direito material, que, exatamente por serem variadas, não são adequadamente tuteladas por um único procedimento comum ou ordinário[45]. Vale lembrar que

43. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo, nº 121*. São Paulo: RT, março de 2005, p. 11.
44. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 246.
45. Segundo Proto Pisani, "perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION881 881 4/10/2007 14:41:38

> […] o fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial.[46]

A busca de tutelas jurisdicionais diferenciadas é inerente à preocupação com a efetividade do processo. Como bem assinala Sérgio Cruz Arenhart, o direito processual será realmente efetivo

> […] se dispuser de mecanismos de tutela adequados à realidade do direito material, às particularidades dos sujeitos envolvidos no conflito e prontos a oferecer exatamente o que o direito subjetivo reclama de seu titular. [...] Tomar o processo como instrumento significa exatamente isto: dar-lhe a utilização mais adequada possível, permitindo que ele se adapte da maneira mais próxima possível às necessidades específicas da situação carente de tutela e às funções do processo.[47]

Isso não significa, contudo, que a previsão de tutelas diferenciadas seja o antídoto infalível para a ausência de efetividade do processo, já que a criação abstrata de instrumentos, sem que a realidade social seja considerada, pode se converter em apenas um meio de mascarar a ausência de uma efetiva tutela de direitos. Corretamente observa L. A. Becker que

> […] as tutelas diferenciadas não devem ser criadas pelo legislador apenas porque são abstratamente melhores que o procedimento ordinário, mas sim quando concretamente as situações sociais emergentes exigem uma proteção diferenciada,

devendo ser evitado que a tutela diferenciada se torne um fetiche dos processualistas[48]-[49].

---

vantaggio, non basta che a livello di dirito processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione di vantaggio violata (o di cui si minaccia la violazione) possa utilizzare um procedimento (o più procedimenti) strutturato in modo tale da potergli fornire uma tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto. [...] il diritto sostanzialle – sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata – esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norme sostanziali" (*Lezioni...cit.*, p. 6).

46. MARINONI. *Idem,* p. 55.
47. Ob. cit., p. 34.
48. Ob. cit. pp. 255 e 258. Mais adiante o mesmo autor pondera que "seria necessário identificar as situações onde se deve dar efetividade à tutela dos direitos do autor, e aquelas em que se deve reforçar as garantias do réu. Quando a situação reclamar efetividade para a tutela dos direitos do autor, confere-se maior velocidade ao processo, por meio da tutela antecipatória, ou cria-se novos procedimentos especiais, pois, neste caso, o importante é tutelar o direito à vida digna do aposentado que reclama seu benefício junto ao INSS, é tutelar o meio ambiente que está sendo agredido, é tutelar o direito dos sem-teto à moradia, é tutelar o direito do cliente do banco, é tutelar o direito à reforma agrária etc. Por outro lado, quando a situação reclamar maiores garantias para o réu, volta-se ao procedimento ordinário, com todo o peso da cognição plena e exauriente, todo o peso do contraditório e da ampla defesa [...]" (pp. 276/277).
49. "Falam, enfaticamente, em instrumentalidade do processo, deformalização e diferenciação da tutela, como sendo, tudo isso, armas mortíferas, capazes de eliminar os perigos, quando são, na verdade,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION882 882 4/10/2007 14:41:38

4. TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA DE DIREITOS

Para a adequada tutela de direitos é fundamental o exame da técnica processual. O processo é o campo por excelência da técnica e, na medida em que o vinculamos à realização do direito material, podemos considerá-lo como um conjunto de técnicas a serviço da tutela de direitos[50].

A preocupação com a técnica processual se dá ao menos em dois planos[51]:

1) Técnicas disponíveis para a tutela de direitos;

2) Correto manejo das regras do processo pelos sujeitos que nele atuam.

Ou seja: é necessária a existência de técnicas aptas para a realização do direito material; entretanto, apenas a previsão abstrata de técnicas é insuficiente se não há um manejo correto dos instrumentos postos à disposição dos sujeitos do processo.

A técnica processual deve se fazer presente tanto no plano normativo quanto nas relações processuais concretas[52]. Se a tutela de direitos for prestada por meio

---

velhos trabucos, pesados canhões e bandeiras dilaceradas, impotentes para assegurar vitórias no presente, meras relíquias recolhidas das batalhas de ontem, hoje, entretanto, inadequadas para assegurar triunfos, e perigosamente perniciosas, por favorecerem a dominação, transformada a produção do Direito não num acontecer político, mas numa nova outorga das tábuas da lei, por este novo Deus que seria o magistrado moderno" (CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, Poder, Justiça e Processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 76).

50. Cf., por todos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. Importante advertência é formulada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "mostra-se totalmente inadequado conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial" ("O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo", disponível no sítio *www.tex.pro.br* e publicado na *Revista de Processo nº 137*, RT, julho de 2006).

51. Daniel Roberto Hertel, aderindo ao pensamento de Ramiro Podetti, prefere trabalhar com a técnica sob três aspectos: elaboração normativa, conhecimento e interpretação (ob. cit., pp. 68/71).

52. É bastante conhecido o texto de Piero Calamandrei em que o processo é comparado a um jogo e o uso de artimanhas técnicas se mostram fundamentais para o êxito da parte. Apesar de o enfoque dado neste trabalho ser diferente do que foi emprestado por Calamandrei, transcrevemos, a título de ilustração, a seguinte passagem: "A sentença não é, por conseguinte, o produto automático da aplicação da lei aos fatos, senão a resultante psicológica de três forças em jogo, duas das quais, ao tentar cada uma de se arrastar na sua própria direção a terceira, despregam entre si uma competição disputadíssima, que não é só de boas razões, senão também de habilidade técnica para fazê-las valer. Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre os dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso: mas quando em certos casos (e desejo crer que em raros casos) essa coincidência não se dê, pode ocorrer que o processo, de instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passe a ser instrumento de habilidade técnica, criado para dar a vitória ao mais astuto" (O processo como jogo. *Direito Processual Civil*. vol. 3. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery (trad.). Campinas: Bookseller, 1999, pp. 223/224).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION883 883 4/10/2007 14:41:39

da atividade jurisdicional, é necessário que o juiz disponha de técnicas adequadas para situações específicas que lhe forem levadas à apreciação e que as partes possam se valer de instrumentos idôneos que possibilitem uma veiculação adequada da pretensão. Nesse sentido, bem observa Luiz Guilherme Marinoni que

> […] a técnica processual não tem valor em si mesma, pois somente pode ser analisada diante das necessidades do direito material, ou seja, das várias tutelas dos direitos.[53]

Como expusemos anteriormente, para que o processo realize o direito material, é necessário que se consagrem técnicas adequadas à realidade social e às especificidades dos direitos tutelados[54].

O manejo equivocado de técnicas cientificamente primorosas é tão ou mais desastroso que sua ausência. Por essa razão, ao lado da preocupação com a construção de modelos legislativos tecnicamente adequados, é necessário encarecer a importância fundamental do correto manejo da técnica processual[55]. No que se refere especificamente ao tema deste trabalho, por exemplo, a técnica é fundamental não só para que evitar obstáculos de admissibilidade, mas também, e principalmente, para que sejam identificadas com precisão as hipóteses em que realmente deve ser considerada inadmissível a tutela jurisdicional.

Afinal,

> […] deficiências técnicas na aplicação da norma são fontes de numerosas desgraças. Para começar, dão ensejo à inútil sobrevivência de boa quantidade de processos que de certo não contribuiriam como contribuem para obstruir os canais judiciais

53. *Técnica Processual...cit.*, p. 34. Complementa José Roberto dos Santos Bedaque: *"*é preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de resolução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo" (*Efetividade...cit.*, p. 52).
54. Sobre o tema, vale transcrever mais um trecho de autoria de Marinoni: "A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dela decorrem" (*Técnica...cit.,* p. 147) .
55. "Pouco adianta encontrar mecanismos de efetivação prática das tutelas se a elas não se chega porque o processo é repleto de armadilhas e empecilhos, que acabam por impedir seu desenvolvimento normal. A busca de meios visando à realização prática das tutelas somente produzirá o resultado desejado se a técnica empregada no desenvolvimento do processo não constitur óbice a que o resultado se produza. [...] Ao lado das técnicas sugeridas pela doutrina e adotadas pelo legislador, é preciso que o intérprete confira às regras procesuais – especialmente àquelas concernentes à forma dos atos e aos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito – significado compatível com a finalidade que as fundamenta e com a natureza instrumental do processo" (BEDAQUE. *Efetividade...cit.*, p. 89).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION884 884 4/10/2007 14:41:39

> se os juízes deles incumbidos manejassem com maior destreza os instrumentos que lhes oferecem os dispositivos do Código de Processo Civil concernentes ao indeferimento da petição inicial e à extinção do feito qual modalidade do julgamento conforme o estado do processo [...] O emprego de melhor técnica reteria muitas iniciais no filtro do despacho liminar, e poria termo à marcha de muitos pleitos sem necessidade de audiência de instrução e julgamento – num e noutro caso, com cristalino lucro do ponto de vista da efetividade.[56]

Na realidade, a efetividade do processo depende diretamente do domínio da técnica processual. Pensar que a preocupação com a técnica não passa de um entrave para a efetividade do processo é incidir no mesmo erro de quem imagina que o culto à técnica se justifica por si mesmo, sem que haja consciência de que estamos diante de instrumentos para a realização de direitos.

Importa estabelecer que

> [...] a técnica é um instrumento – como tal, útil e insubstituível. Longe de constituir empecilho à consecução dos fins da justiça, a que todo processo deve sem dúvida atender, ela aplana, quando corretamente manejada, o caminho para aquela meta.[57]

Assinale-se ainda que,

> [...] tomado como um fim em si próprio, o uso da técnica ameaça converter-se em exercício estéril de narcisismo intelectual. Encarado como instrumento de trabalho, vale como precioso auxiliar do processualista que se esforça para aprender com exatidão a realidade de seu objeto de estudo, na esperança de poder atuar sobre essa mesma realidade.[58]

A importância da técnica é indissociável da efetividade do processo e, forçosamente, está no centro do debate sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional, como procuraremos demonstrar no próximo tópico. Antes, porém, encerramos este item com mais uma passagem insuperável de Barbosa Moreira:

> O tecnicismo exacerbado, aprendemos à custa de muitos erros, esteriliza o direito; o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata. Tolerar que o Direito seja tratado atecnicamente é abrir a porta ao diletantismo frívolo, quando não ao mais desbragado charlatanismo. Sabemos todos em que excessos de aviltamento caíram, vítimas da sem-cerimônia de amadores despreparados, alguns setores da ciência jurídica mais acessíveis a esse gênero de impostura.[59]

---

56. BARBOSA MOREIRA. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de Direito Processual*, Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.
57. BARBOSA MOREIRA. A justiça no limiar do novo século. *Temas de Direito Processual,* Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.
58. BARBOSA MOREIRA. O processo civil, hoje: um congresso da Associação Internacional de Direito Processual. *Temas de Direito Processual,* Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 238.
59. BARBOSA MOREIRA. O transitório e o permanente do Direito. *Temas de Direito Processual,* Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 227.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION885 885 4/10/2007 14:41:39

5. A ADMISSIBILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Todo ato postulatório pode ser examinado sob dois planos inconfundíveis: da admissibilidade e do mérito, sendo este logicamente posterior àquele.

À luz de nosso direito positivo, a cognição judicial[60] abrange ambos os planos, sendo que a admissibilidade é subdivida nas categorias de condições da ação e de pressupostos processuais, que, como visto, são preliminares ao exame do mérito[61].

A tutela jurisdicional normalmente é buscada por meio de uma demanda corporificada em uma petição inicial, devendo o juiz, autorizado pelo sistema processual e numa análise preliminar do conteúdo da pretensão do autor, examinar se estão presentes condições necessárias para o exercício válido do direito de ação[62] e se estão presentes os requisitos para a apreciação do pedido, sem que se esteja diante de um ato postulatório arbitrário, cujo prosseguimento na apreciação seja evidentemente inútil.

Na síntese formulada por José Roberto dos Santos Bedaque,

> […] exercida a garantia constitucional de ação, o juiz sairá de sua inércia e verificará, à luz daquela situação de direito material deduzida pelo autor na petição inicial, se existe possibilidade, em tese, de o interessado ser efetivamente titular de uma situação amparada por regras de direito material (ou se o autor pode exercer em juízo aquele direito, por autorização expressa do legislador) e se efetivamente

60. Esse é o entendimento predominante, mas não é pacífico, como de resto acontece com as discussões nessa seara. Cf. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: DPJ, 2005.

61. "Em razão do desenvolvimento dos estudos processuais, difundiu-se a distinção entre ação, processo e mérito, passando os doutrinadores a classificar as questões de acordo com o seguinte trinômio: 'pressupostos processuais' (expressão que envolve tanto os pressupostos de existência como os requisitos de validade do processo), condições da ação e questões de mérito. Como é fácil perceber, trata-se de classificação que toma por base o objeto das questões. Não está livre de críticas esta tripartição. De fato, o mais correto seria dividir as questões em questões de mérito e questões de admissibilidade" (DIDER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. 1. 7 ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2007, p. 270.

62. Não obstante o Código de Processo Civil haver consagrado a categoria das condições da ação como requisito de admissibilidade do processo, as divergências doutrinárias são constantes. Como referências às polêmicas existentes, confiram-se, exemplificativamente, os seguintes trabalhos: FABRÍCIO, Adroaldo. "Extinção do processo" e mérito da causa. *Ensaios de Direito Processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. GOMES, Fabio. *Carência de Ação.* São Paulo: RT, 1999. ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. *Revista de Processo, nº 108.* São Paulo: RT, outubro/dezembro de 2002. DIDIER JR., Fredie. Um réquiem às condições da ação – estudo analítico sobre a existência do instituto. Disponível em www.juspodivm.com.br/novo/. Desse mesmo autor, vale conferir sua recente tese de doutoramento *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, especialmente páginas 203/296), em que afirma que "o mais correto seria proscrever as condições da ação da dogmática jurídica e, por tabela, do sistema jurídico, pois, ou compõem o próprio mérito da causa, ou podem ser enquadradas na categoria dos 'pressupostos processuais' ou dos requisitos de admissibilidade do processo" (pp. 215/216).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION886 886 4/10/2007 14:41:39

> necessita da intervenção estatal. Caso tal não ocorra, de nada adiantará o prosseguimento do processo, pois já se sabe, de antemão, que a tutela buscada é evidentemente inviável.[63]

A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência de um juízo de admissibilidade, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que mereçam ser tutelados, isto é, que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada[64].

Ou seja: a ação *concretamente exercida* é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de requisitos e condições impostos pelo ordenamento.

Em nosso sistema processual, o mérito do processo só será examinado se os requisitos de validade do processo[65] e as condições para o legítimo exercício do direito de ação estiverem satisfeitos[66]. Como resume Barbosa Moreira,

> […] é na esperança de compor a lide que a máquina judiciária se movimenta. [...] Entretanto, por intuitivas razões, não permite a lei que se julgue o mérito senão quando o processo se revista de características suscetíveis de assegurar, tanto quanto possível, a regularidade e a utilidade do julgamento. [...] O ordenamento quer que o litígio seja composto, mas não quer que isso aconteça seja lá como for, a qualquer preço, sob quaisquer circunstâncias. Daí a formulação de certos requisitos, sem os quais não se torna praticável a prolação da sentença definitiva: segundo esquema tradicionalmente adotado entre nós, esses requisitos distribuem-se em duas categorias, a dos pressupostos processuais e das condições da ação.[67]

---

63. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 73.
64. BEDAQUE. *Tutela... cit.* p. 62. Entende Bedaque que, apesar de as contribuições teóricas não poderem ser desprezadas, as diversas teorias acerca da natureza da ação constituem preocupação já superada, devendo o processualista se preocupar com uma nova visão do fenômeno que de algum modo contribua com a efetividade do processo (pp. 64/68).
65. Sobre os pressupostos ou requisitos processuais, merece leitura o já citado trabalho de José Orlando Rocha de Carvalho: *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
66. Não raramente torna-se bastante difícil distinguir as condições da ação do mérito, o que faz com que boa parte da doutrina critique duramente a opção do legislador pátrio (sobre o tema, inclusive com outras referências bibliográficas, vale conferir os trabalhos de Adroaldo Furtado Fabrício e Fredie Didier Jr. citados em nota anterior). Realmente, em diversas situações, sob o pretexto de examinar as condições da ação, o mérito acaba sendo examinado, embora a sentença seja de "carência" e, em princípio, não tenha aptidão para formar coisa julgada material (art. 268, CPC). Segundo vem se entendendo, o disposto no art. 268 do CPC não significa que a repropositura da ação possa ser automática, já que o requisito faltante deve ser implementado (NERY JUNIOR e NERY. *Código de Processo Civil Comentado*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 709). Entretanto, caso se modifique o requisito faltante, tratar-se-á de *outra* demanda, de modo que nem mesmo a coisa julgada material impediria a propositura da ação.
67. Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. *Direito Aplicado II (pareceres)*. 2 ed. Rio de Janeiro,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION887 887 4/10/2007 14:41:39

Em suma, rejeitadas as preliminares, o juiz fica obrigado a se pronunciar sobre o mérito; acolhidas as preliminares, impede-se a apreciação do mérito, proferindo-se o que foi denominado de sentença terminativa ou processual típica[68].

Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade arbitrárias, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça.

A existência dessa espécie de filtro não é livre nem soberana, havendo outras circunstâncias que devem ser ponderadas, sobretudo a missão primordial do processo, que é a tutela de direitos.

Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embaracem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdicional:

> Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico pro actione opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga 'la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles', si proscribe aquellas decisiones de inadmisión que 'por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican.[69]

Nessa linha, José Roberto dos Santos Bedaque afirma com precisão que não pode o legislador infraconstitucional impedir ou apresentar óbice injustificável ao exame de pretensões pelo Judiciário.[70]

Forense, 2005, p. 372. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, "seguindo uma linha metodológica tradicional no direito brasileiro, o Código de Processo Civil agrupa os pressupostos de admissibilidade em quatro grandes categorias, que são (a) os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, (b) as condições da ação, (c) os requisitos de regularidade do processo mesmo, em sua concreta realização e (d) a inexistência de certas circunstâncias externas, qualificadas como pressupostos negativos (litispendência, coisa julgada etc.). Não há necessidade de distinguir muito precisamente esses óbices ao julgamento do mérito, sendo tendência moderna o agrupamento de todos na categoria de pressupostos do julgamento" (*Instituições...cit.,* vol. III, p. 128. Cf., do mesmo autor, no volume I de suas *Instituições*, pp. 616/617).

68. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 44.
69. *Apud* PÉREZ, Jesús González. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3 ed. Madri: Civitas, 2001, pp.74/75.
70. Legitimidade processual e legitimidade política. *Processo Civil e Interesse Público – O Processo como Instrumento de Defesa Social*. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003 . p. 103.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION888 888 4/10/2007 14:41:40

Realmente, o fato de haver um plano de admissibilidade não pode servir de artifício para que o mérito seja ignorado. A finalidade do processo é a resolução da crise de direito material e não a procura de uma fuga técnica para evitar o enfrentamento do mérito.

A admissibilidade da tutela jurisdicional serve para evitar o processo inviável e não para inviabilizar a tutela do direito material.

Entretanto, há situações em que o processo, como se fosse um objeto incômodo, é extinto precipitadamente, sem um adequado exame da situação concreta. Esse comportamento pode decorrer de vários fatores, como o despreparo técnico, a desatenção, a concentração na produção estatística da vara judicial[71] – cuja preocupação com a produtividade cinge-se à quantidade de sentenças sem se preocupar com a qualidade da prestação jurisdicional –, a busca de artifício para o não enfrentamento do mérito e o comodismo[72], frustrando a finalidade do processo e negando o acesso à tutela jurisdicional.

O juízo de admissibilidade, repita-se, não é um ardil para se inviabilizar a tutela jurisdicional, mas, sim, um instrumento técnico que interrompe um processo inviável por si só.

O preocupante fenômeno que desvia a finalidade do processo, erigindo o plano de admissibilidade à condição de obstáculo quase intransponível, vem se tornando mais comum e mais sensível naqueles casos que se denominam de causas complexas.[73]

Pensamos que o que ocorreu com o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública foi exatamente a oposição de um obstáculo injustificável, razão pela qual, entre outros motivos, consideramos tal dispositivo flagrantemente inconstitucional.

71. Uma advertência se faz necessária nesse particular: os dados estatísticos são fundamentais para o estudo de qualquer ciência e toda iniciativa desse jaez deve ser celebrada e incentivada, especialmente porque o campo jurídico não é muito amigo de dados objetivos (a propósito dessa carência de dados objetivos em estudos jurídicos, merece ser destacado o recente trabalho de Moniz de Aragão – que, com Barbosa Moreira, sempre alerta para a necessidade de um estudo com base em dados objetivos: Estatística judiciária. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 110, abril/junho de 2003). Entretanto, há uma faceta presente no estabelecimento de controle estatístico que nos preocupa seriamente e toca de perto o objeto deste trabalho, que é uma espécie de pressão perversa que pode ser impingida aos magistrados, aproximando-se a salutar iniciativa de uma espécie de ditadura numérica. A partir do momento em que se exige uma certa prolação de sentenças por mês de um juiz, por exemplo, apenas com os olhos voltados para um programa de *"quantidade total"*, sem preocupações qualitativas, efeitos danosos podem ser produzidos, como o descaso com a instrução do processo pela pressa de produzir sentenças e, inclusive, evitando-se a "difícil" tarefa de se julgar o mérito, buscando artifícios formais para tornar inadmissível a tutela jurisdicional.
72. Bem notou esse aspecto Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão judicial adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do nosso desenvolvimento, ou então a parte insiste em levar às últimas conseqüências as exigências formais do processo" (O formalismo-valorativo...cit.).
73. Cf. MORELLO, Augusto M. *Dificultades de la Prueba en Procesos Complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Na teoria da argumentação, fala-se ainda em"casos trágicos", em que "não se pode

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION889 889 4/10/2007 14:41:40

Com propriedade, anota Celso Fernandes Campilongo que vem aumentando o fenômeno segundo o qual o judiciário vem deixando de enfrentar a matéria de mérito em questões complexas, invariavelmente envolvendo direitos fundamentais, julgando-se quase tudo com

> […] pretexto de natureza processual", ensejando um "perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos.[74]

Entre as condições para o exercício da ação, a legitimidade para agir[75] é uma categoria que se enquadra nessa exacerbação do controle da admissibilidade.

---

encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema" (ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormik, Alexy e outros*. Maria Cristina Guimarães Cupertino (trad.). São Paulo: Landy, 2000, p. 335).

74. Direitos fundamentais e poder judiciário. *O Direito na Sociedade Complexa.* São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 109.

75. Segundo Donaldo Armelin, "a legitimidade para agir é de ser conceituada como uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo" (*Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1979, p. 85. Sobre a legitimidade para agir, também merece referência a recente obra de Juan Montero Aroca: *De la Legitimación em el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch: 2007). Mais recentemente, Donaldo Armelin afirmou que a "legitimidade como pressuposto de eficácia do ato jurídico pode derivar de uma afirmação do autor, no processo, quanto à titularidade do direito objeto da ação, ou decorrer da situação de titular do pólo passivo da relação processual, embora rejeitando a situação de vinculação ao direito afirmado" (Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. *Processo Civil e Interesse Público – O Processo como Instrumento de Defesa Social*. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003, p. 115). A legitimidade é de ser verificada, pois, a partir da situação jurídica afirmada no processo (*in statu assertionis*), sendo irrelevante perquirir-se a efetiva existência do direito alegado (BARBOSA MOREIRA. Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. *Temas de Direito Processual (primeira série).* São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199. Confira-se também do mesmo autor: Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. *Direito Aplicado II (pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 376/377). Adere-se aqui claramente à teoria da asserção, que, embora também conte com a simpatia de boa parte da doutrina, é fortemente combatida por Cândido Rangel Dinamarco, que, entretanto, ao tratar do que denominou de *"falsas carências de ação"*, acaba por fornecer exemplos que são resolvidos satisfatoriamente pela teoria por ele repudiada (*Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 316/320). Na realidade, a teoria da asserção não é incompatível com a perda superveniente de uma condição da ação, até porque o exame das condições pode ser realizado de ofício e em qualquer fase procedimental (sobre a eficácia da decisão de admissibilidade do processo: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos...cit*., pp. 41/51, e sobre a aplicação da teoria da asserção, pp. 216/219, com a ressalva de que Fredie Didier Jr. prega a abolição das condições da ação como categoria jurídica). Além de seu significado técnico, a teoria da asserção possui inegável importância prática, já que mostra compromisso com o resultado do processo, na medida em que "incentiva" o exame do mérito, e procura evitar que haja uma sentença de "carência" de ação após longos anos de relação processual, como bem demonstrado por Carlos Alberto de Salles (*A Legitimação do Ministério Público para Defesa de Direitos e Garantias Constitucionais*. Dissertação de mestrado apresentada à USP. 1992, pp. 110/103). Confira-se também: BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo:

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION890 890 4/10/2007 14:41:40

Como corretamente anota Bidart Campos,

> […] actualmente, el problema de la legitimación no puede recluirse en el derecho procesal como cuestión a resolver exclusivamente por sus normas. El cordón umbilical que anuda lo procesal con lo constitucional no tolera cortarse porque, de ocurrir tal cosa, se puede frustrar el sistema de derechos y el sistema garantista. Basta una pregunta para esclarecer la afirmación: ¿de qué vale y de qué sirve que un sistema de derechos resulte todo lo completo que es posible, y que lo auxilie la cobertura de un sistema garantista idóneo, si el justiciable que postula el acceso a un proceso ve rechazada o denegada su legitimación? [...] Cada día más nos convencemos de que toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación.[76]

A extinção do processo por ilegitimidade ativa vem se tornando um problema crônico especialmente no que se refere às demandas coletivas, que, aliás, sofrem com a falta de julgamentos de mérito[77], o que é agravado pela manutenção de uma mentalidade individualista na análise de ações coletivas[78].

Atlas, 2006, pp. 72/75. Leonardo Greco, após manifestar adesão a essa teoria, faz importante advertência: "a simples asserção não pode ser considerada suficiente para conferir ao autor o direito de ação, sob pena de autolegitimação. A afirmação de situação fático-jurídica apta hipoteticamente ao acolhimento do pedido formulado deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e de provas capazes de evidenciar a possibilidade concreta desse acolhimento e de que a iniciativa do autor não submete o réu a um ônus de plano manifestamente abusivo de defender-se de uma demanda inviável. As condições da ação se aferem a partir da asserção, pois são um juízo de mera possibilidade de acolhimento do pedido, concretamente fundamentada na logicidade da verdade relatada e das suas conseqüências jurídicas e na sua sustentação em provas, ainda que mínimas" (*A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 24. Sobre as condições da ação, incluindo a teoria da asserção, são fundamentais as profundas considerações elaboradas por José Roberto dos Santos Bedaque em sua tese de titularidade: *Efetividade do Processo...cit.*, pp. 229/405). Ou seja, a legitimidade é aferida pelo exame da situação legitimante à luz do que é exposto na inicial, como se o juiz raciocinasse da seguinte forma: "admitida a veracidade dos fatos alegados pelas partes, é a elas que a lei dá legitimidade, respectivamente, para propor ou contestar a ação?" (TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* vol. I São Paulo: RT, 1974, p. 91).

76. El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación. *La Legitimación – homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, pp. 17/18.

77. "quem trabalha com a tutela coletiva conhece a dificuldade que existe em conseguir ter admitida uma demanda coletiva, tantas são as restrições criadas no plano da legitimidade, do interesse processual, da possibilidade jurídica do pedido, da gama de direitos suscetíveis de proteção, da tramitação do processo, da forma de provimento admissível e da sua efetivação. O paradoxo dessa situação atual está em que muitas dessas restrições são criação da jurisprudência, originária dos mesmos órgãos que reclamam do acúmulo de feitos para julgamento, da contradição de decisões (a respeito de um mesmo assunto) e da multiplicação de causas semelhantes. O Poder Judiciário, que luta contra a morosidade, contra o excessivo volume de demandas (muitas vezes sobre um só tema) e contra a constante divergência de opiniões presentes em seus escalões, é exatamente o maior responsável pelo insucesso da tutela coletiva, especialmente para a tutela de massa. [...] muito da dificuldade do Judiciário em lidar com a tutela coletiva deve ser tributado `dificuldade em se livrar das amarras postas pelo pensamento que informa a tutela individual e seus institutos. Talvez o grande defeito da praxe jurídica atual, no campo da tutela coletiva, seja a incessante tentativa de usar, para ela, institutos emprestados da tutela de direitos individuais" (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, pp. 216/217).

78. Ovídio Baptista da Silva percebeu com acuidade a situação: "A influência exercida pelo individualismo

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION891 891 4/10/2007 14:41:40

Em razão disso, e da garantia do amplo e efetivo acesso à tutela jurisdicional, vem ganhando espaço o princípio *pro actione*, que significa que as normas sobre os requisitos processuais de admissibilidade devem ser interpretadas sempre no sentido mais favorável ao exame das pretensões processuais, para, como recentemente decidido pelo Tribunal Constitucional da Espanha, que se impeça que certas interpretações eliminem ou obstaculizem injustificadamente o direito dos cidadãos a que os tribunais conheçam e se pronunciem sobre as questões de fundo a eles submetidas.[79]

Como lembram Jorge Miranda e Rui Medeiros,

> […] o princípio pro actione impede que simples obstáculos formais sejam transformados em pretextos para recusar uma resposta efectiva à pretensão formulada. A idéia de favor actionis aponta, outrossim, para a atenuação da natureza rígida e absoluta das regras processuais,

considerando-se que

> […] a garantia de acesso ao direito e aos tribunais não admite a consagração, no plano legal, de exigências que consubstanciem tão-somente condicionantes processuais desprovidas de fundamento racional e sem conteúdo útil ou excessivas, não sendo em particular admissível o estabelecimento de ónus desinseridos da teleologia própria da tramitação processual e cuja consagração, nessa medida, não prossegue quaisquer interesses dignos de tutela.[80]

Nesse sentido, em relação ao processo coletivo, Gregório Assagra de Almeida entende que há um princípio de presunção constitucional de legitimidade do Ministério Público pela afirmação do direito, bastando que se afirme que se trata de direito difuso, coletivo ou individuais homogêneos.[81]

---

sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através das idéias do Renascimento e da reforma religiosa. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais torna-se imprestáveis" (*Processo e Ideologia – o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56. Sobre a influência da ideologia sobre o processo, vale conferir recente obra coletiva: AROCA, Juan Montero (coord.). Proceso Civil e Ideología: un prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006).

79. Cf. PÉREZ. *Ob. cit.* pp. 80 e 83.

80. *Ob. cit.*, p. 191.

81. *Direito Processual Coletivo: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 516, sem, contudo, referir-se expressamente à teoria do princípio *pro actione*. Em outro trecho de sua obra, ao tratar do que denomina de *"princípios específicos do direito processual coletivo comum"*, Gregório Assagra afirma que essa presunção de legitimidade também se aplica aos demais legitimados (p. 574). A título de ilustração, são os seguintes os demais princípios do processo coletivo em sua concepção: princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva; da disponibilidade motivada da ação coletiva; da não-taxatividade da ação

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION892 892 4/10/2007 14:41:41

Para ilustrar esse fenômeno de criar artifícios para a admissibilidade da tutela jurisdicional coletiva[82], o tema da legitimidade do Ministério Público, especialmente para a defesa de direitos individuais homogêneos, é campo fértil[83].

Cabe mencionar, contudo, uma nova objeção à atuação do Ministério Público na tutela de direitos transindividuais, que foi exposta por Adriano Perácio de Paula.[84] Segundo esse autor, atuando como parte em ação cível, o Ministério Público sempre deverá estar representado por advogado, em razão de a Constituição só lhe haver conferido capacidade postulatória em matéria penal, vedando-lhe o exercício da advocacia. Faltaria ao Ministério Público, portanto, de acordo com o referido autor, capacidade postulatória para ajuizar qualquer ação coletiva, devendo contratar advogado.

Esse posicionamento é flagrantemente insubsistente, parecendo até ser fruto de uma má-vontade com a atuação do Ministério Público, antes de se constituir em uma consistente posição acadêmica. Felizmente, não temos conhecimento de qualquer adesão a esse entendimento[85]. Até mesmo quem se dedicou

---

coletiva; do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; da máxima efetividade do processo coletivo; da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum; da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público (ob. cit. pp. 570/579).

82. Sobre o argumento do abuso ou da patologia das ações coletivas: TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública : abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Judiciário, *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 18, julho agosto de 2002, pp. 05/31 e WALD, Arnoldo. A recente evolução da Ação Civil Pública . Usos e abusos. Análise de sua Patologia. "Nota" de atualização ao livro de Hely Lopes Meirelles sobre *Mandado de Segurança* ..., 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 189/214. Os posicionamentos doutrinários mais restritivos à admissibilidade das ações coletivas encontram-se reunidos em obra coletiva coordenada por Arnoldo Wald. Nessa coletânea, não há nenhum autor com posicionamentos mais avançados sobre o tema, de modo que se trata de interessante obra uniformemente conservadora: *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2003. Sobre a reação ao amesquinhamento das ações coletivas: GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública refém do autoritarismo, *Revista de Processo*, nº 96. São Paulo: RT e BUENO, Cassio Scarpinella. *Réquiem* para a ação civil pública. *Temas Atuais de Direito Processual Civil*. César Augusto de Castro Fiúza e outros (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Mencione-se ainda um interessante estudo acerca das limitações impostas às ações coletivas como estratégia de poder do Executivo: SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, especialmente pp. 200/214. Sobre as prerrogativas da Administração no processo coletivo, especialmente a limitação da legitimidade das associações, o confinamento territorial da coisa julgada, a autorização para ingressar em juízo, a vedação temática e a suspensão das decisões, com abordagem sociológica, jurídica e estatística: ALVES, Rogério Pacheco. *Prerrogativas da Administração Pública das Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

83. Sobre esse tema, inclusive com outras indicações bibliográficas, vale conferir o trabalho de Gregório Assagra de Almeida citado em nota anterior. A questão da legitimidade do Ministério Público para ações coletivas é abordada em toda obra sistemática sobre o processo coletivo, não havendo necessidade de múltiplas citações.

84. Sobre a Lei 8429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade no processo civil. *Improbidade Administrativa*, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001.

85. Confiram-se os trechos de recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSUAL CIVIL.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION893 893 4/10/2007 14:41:41

ao tema com um enfoque restritivo à atuação do Ministério Público, nem sequer cogitou questionar sua capacidade postulatória para atuar como autor no processo civil[86]. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[87], em parecer encomendado pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirma expressamente que a capacidade postulatória

> […] é inerente à própria instituição. Pretender exigir-se que para a propositura da Ação Civil Pública o Ministério Público deve comparecer em juízo representado por um advogado é, data vênia, um exagero. Seria amesquinhá-lo. Seria reduzi-lo a um mero órgão administrativo do Estado (...).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. ARTIGO 25, IV, "B", DA LEI 8.625/93. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ARTS. 127 E 129 DA CF/88. PATRIMÔNIO PÚBLICO. DEVER DE PROTEÇÃO. 1. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, caput). 2. Deveras, *o Ministério Público está legitimado a defender os interesses públicos patrimoniais e sociais, ostentando, a um só tempo, legitimatio ad processum e capacidade postulatória que pressupõe aptidão para praticar atos processuais. É que essa capacidade equivale a do advogado que atua em causa própria. Revelar-se-ia contraditio in terminis que o Ministério Público legitimado para a causa e exercente de função essencial à jurisdição pela sua aptidão técnica fosse instado a contratar advogado na sua atuação pro populo de custos legis.* 3. A ratio essendi da capacidade postulatória vem expressa no art. 36 do CPC, verbis: "A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver". [...] 7. Sob esse enfoque, adota-se a fundamentação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 163231/SP, para externar que a Constituição Federal confere ao Ministério Público capacidade postulatória para a propositura da ação de improbidade, nos seguintes termos: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). [...] 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. [...] 11. É cediço na doutrina pátria que "o bacharel em direito regularmente inscrito no quadro de advogados da OAB tem capacidade postulatória (EOAB 8º, 1º e ss). Também a possui o membro do MP, tanto no processo penal quanto no processo civil, para ajuizar a ação penal e a ACP (CF 129, III; CPC 81; LACP 5º; CDC 82, I; ECA 210 I)." (Nelson Nery Júnior In "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 5 Edição, Editora Revista dos Tribunais, página 429). 12. Recurso especial desprovido". (REsp 749.988/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 275 – destacamos).

86. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. O exercício do *ius postulandi* pelo advogado e pelo membro do Ministério Público no processo civil. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 64. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997.

87. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses particulares em ações civis públicas. *Revista de Processo,* nº 80, São Paulo:RT, outubro/dezembro de 1995, p. 174.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION894 894 4/10/2007 14:41:41

Para afastar essa idéia da falta de capacidade postulatória, bastaria mencionar o disposto no art. 81 do CPC e lembrar que a outorga da capacidade postulatória não é monopólio do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Entretanto, a própria Constituição confere capacidade postulatória ao Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, como podemos ver nos seguintes dispositivos: art. 127, ao incumbir-lhe a *defesa* dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando incluída a possibilidade de ajuizamento de ações judiciais; art. 129, III, em que se lê que cabe ao Ministério Público *promover* a Ação Civil Pública, devendo ser notado que no inciso primeiro do mesmo artigo utiliza-se o mesmo verbo para a ação penal; a vedação do exercício da advocacia evidentemente não significa que o Ministério Público não possa ajuizar ações de sua atribuição, devendo haver compatibilização das normas constitucionais. A razão dessa vedação é histórica e nada tem a ver com a nova configuração da tutela jurisdicional coletiva. De nada adiantaria conferir legitimidade ao Ministério Público e, ao mesmo tempo, não lhe conceder capacidade postulatória, que, nesse caso específico, decorre da própria legitimação para agir, estando *in re ipsa*. Negar capacidade postulatória ao Ministério Público é interpretar o sistema de forma primitiva e rasteira, em nada contribuindo para um sério e denso debate sobre as reais dificuldades do processo coletivo.[88]

88. Em decisão monocrática, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha reconheceu a capacidade postulatória do Ministério Público em ações cíveis, como não poderia deixar de ser, mas decidiu que a Instituição não pode ajuizar ação de interesse institucional sem a participação de advogado: "[...]Trata-se de Ação Cautelar, com pedido de medida liminar, ajuizada neste Supremo Tribunal pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 10 de novembro de 2006, com fundamento nos arts. 21, IV e V, e 304 do RISTF, 'com o intuito de obter efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 1.0000.05.422943-0/000 aviado contra o acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.' O caso 2. A instituição autora, 'Ministério Público do Estado de Minas Gerais', narra que a Requerida, Associação Brasileira de Criadores de Zebu de Uberaba, impetrou mandado de segurança contra ato do 5º Promotor de Justiça da Comarca de Uberaba – MG, para o qual o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberaba se declarou incompetente, remetendo os autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afirmou a competência do juízo de primeira instância, devolvendo os autos para o prosseguimento do feito. Não obstante aquela decisão, *o Ministério Público mineiro interpôs recurso extraordinário contra o acórdão prolatado, o qual foi admitido. Devolvido a este Supremo Tribunal em seu efeito legal próprio – o devolutivo – avia a presente Ação o Ministério Público estadual requerendo seja emprestado também efeito suspensivo.* [...] Trata-se da irregularidade da representação processual para a propositura. Tem-se, na inicial apresentada, assinatura não de advogados constituídos, na forma constitucional e legalmente determinada para o processamento das ações, mas dos eminentes Procuradores de Justiça, Dra. Elaine Martins Parise *(Procuradora-Geral Adjunta Jurídica)* e Dr. Renato Franco de Almeida (Promotor de Justiça e Assessor Especial do Ministério Público Estadual). *Nem é matéria sujeita a controvérsia que a representação processual é exclusiva de advogados no Brasil, ressalvadas as hipóteses em que se tenha ação penal ou civil conferida, no sistema jurídico, à legitimidade ativa do Ministério Público* (arts. 129, incs. I, III, IV e V combinado com 133, todos da Constituição da República). De se observar, por igual, a proibição constitucional da advocacia por membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, inc. II, alínea b, da Constituição do Brasil, além de ser imperativo dar cumprimento à legislação processual civil (arts. 7º a 13, do Código de Processo Civil). *Não é possível admitir-se que os Procuradores de Justiça, membros da nobre carreira do Ministério Público,*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION895 895 4/10/2007 14:41:41

e terminante e taxativamente proibidos de advogar, exerçam, como pretendido no presente caso, desempenhar função que lhes é, expressa, literal e exemplarmente, vedada por norma constitucional. Procurador de Justiça ou Promotor Advogado não é, e por isso mesmo não pode exercer a representação judicial. *O que se tem, no caso presente, é uma ação judicial – ação cautelar – na qual se buscam prerrogativas alegadas ou pretendidas pelo Ministério Público. Não se tem, em qualquer norma jurídica vigente no País, autorização legal para que se afaste da vedação constitucional da advocacia o membro do Ministério Público***.** Não compete a ele distinguir-se de qualquer cidadão ou entidade de direito público ou particular, que, ao buscar os seus direitos, tem de se valer de advogado para fazer-se representar perante o Juiz competente. É o que se estampa nos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.906/93, denominado 'Estatuto da Advocacia'[...]. E tudo quanto posto na Constituição da República, ao atribuir a exclusividade da advocacia aos profissionais específicos – excluídos os membros do Ministério Público – é para se poder fazer a exigência a esses profissionais da qualificação que lhe é necessária e de que se ressente uma postulação quando apresentada por quem não tenha a necessária qualificação técnica, em que pese possa ser o não advogado dotado das melhores condições intelectuais jurídicas para outros desempenhos, como, tem-se por certo, ocorre no caso presente. Ademais, qualquer problema ou dificuldade que se apresente pelo advogado submete o profissional às exigências éticas perante a instituição específica, que é a Ordem dos Advogados do Brasil. Igual não poderia ser o deslinde se se permitisse o desempenho daquela atividade específica e constitucionalmente afirmada a outrem que não, exclusivamente, ao advogado. Inegável, portanto, a irregularidade processual havida na espécie, que estaria a merecer a aplicação do art. 13 do Código de Processo Civil, se os outros óbices não estivessem a impedir o prosseguimento da presente ação. Ausência dos requisitos referentes à plausibilidade do direito 8. Não se pode atestar, na espécie, a alegada fumaça do bom direito, porque carentes os autos dos elementos necessários para a sua comprovação, conforme acima exposto [...]" (AC 1450/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 22/11/2006, p. 00048 – destacamos). Parece-nos que essa decisão não é a mais adequada, ao menos por dois motivos: 1) se o Ministério Público ajuizou recurso extraordinário no caso, sua capacidade foi reconhecida exatamente por se tratar de questão institucional – reconhecimento da competência originária para o julgamento de mandado de segurança contra ato de seu membro -, o que faz com que uma ação conexa necessariamente deva ser admitida (conexão por sucessividade), não sendo razoável reconhecer a capacidade postulatória para a interposição do recurso e negá-la para o ajuizamento de ação cautelar que visava a conferir efeito suspensivo a esse mesmo recurso; 2) tratando-se questão vinculada a suas prerrogativas, possui o Ministério Público interesse institucional que lhe outorga capacidade postulatória, o que pode ser ilustrado pela seguinte ementa: "Processual civil. Mandado de segurança requerido pelo Ministério Público objetivando liberar informações existentes em órgãos do Ministério da Aeronáutica. Inexistência de motivação que afete a segurança do Estado. Prevalência do interesse público relevante. Deferimento da segurança. A competência do Ministério Público no concernente a requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe, a Lei Maior, a disposição, instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas. Em sendo a ação penal pública de iniciativa exclusiva do Ministério Público, e se a Constituição lhe confere o poder de expedir notificações e de requisitar informações e documentos (Constituição Federal, arts. 127 e 129), resulta, daí, que as suas atividades se revestem de interesse público relevante – oponível a qualquer outro – que deve ser cuidado com previdência, eis que a outorga desse poder constitui reflexo de suas prerrogativas institucionais. A ocultação e o não fornecimento de informações e documentos é conduta impeditiva da ação ministerial e, conseqüentemente, da justiça, se erigindo em abuso de poder. Os documentos e informações requisitadas (e em poder do Ministério da Aeronáutica) não serão, desde logo, acolhidos como verdadeiros e incontestáveis, mas, submetidos ao crivo da autoridade judiciária e do Ministério Público; deste, para auxiliar e, ate, impulsionar as diligencias subseqüentes e do Judiciário para que as submeta, em tempo oportuno, ao contraditório, em que se assegurara aos indiciados ou acusados a mais ampla defesa. Nada importa que as conclusões dos órgãos da Aeronáutica sejam diametralmente opostas as do Ministério Público ou do Judiciário. A responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil, art. 1525), como também a ação do Ministério Público independe do juízo de valor que, na esfera administrativa, a autoridade Aeronáutica atribuir aos fatos, não ficando, por isso mesmo, adstrito, quer as conclusões do relatório preliminar, quer as do relatório final. A publicidade dos atos administrativos e demais atividades estatais decorre de

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION896 896 4/10/2007 14:41:42

Um outro exemplo de inadmissibilidade indevida de tutela jurisdicional nos é fornecido pelo Superior Tribunal de Justiça, que considerou o Ministério Público ilegítimo para pleitear o fornecimento de medicamentos para pessoa idosa[89], entendendo que não se pode defender direito individual por meio de ação civil pública[90].

---

preceito constitucional (art. 5, XXXIII), que só ressalva a hipótese em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. 'O novo estatuto brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o como direitos e garantias fundamentais"(STF). Já existindo inquérito instaurado em torno do fato, com o acompanhamento do Parquet, torna-se evidente o interesse público na ultimação dessas investigações cujo fito e o de desvendar a existência de possíveis crimes. O sigilo, in casu, não pode ser oponível à ação do Ministério Público, visto como o inquérito policial está se desenvolvendo sob absoluta reserva (CPC, art. 20), inexistindo temor sob possíveis desvirtuamentos das informações e documentos requisitados. É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito a qualquer autoridade opor-lhe tal exceção. Segurança concedida. Decisão unânime". (Superior Tribunal de Justiça – MS 5.370/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 12.11.1997, DJ 15.12.1997, p. 66185).

89. Recurso Especial nº 664.978/RS, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.08.2005 p. 266 .

90. O precedente citado no julgamento em questão foi o REsp nº 682.823/RS, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 01/03/05, cuja *íntegra* do voto é a seguinte: "Está claro que, na demanda, o Ministério Público defende direito individual da menor, o que lhe está vedado por via de ação civil pública. Tenha-se presente que na ação civil pública atua o Parquet como substituto processual da sociedade, que exige o cumprimento da lei: no caso, o direito de todas as crianças no Estado do Rio Grande do Sul, da faixa etária da menor, de terem garantida assistência médico-hospitalar. Por via da ação civil pública, está o MP legitimado a defender os interesses transindividuais, sem vinculação a qualquer das partes, diferentemente do que ocorre quando intervém em razão de interesse público ligado a condições especiais de uma pessoa, como por exemplo, um incapaz determinado, um acidentado do trabalho, uma pessoa portadora de deficiência etc. O MP pode, efetivamente, agir como representante ou substituto processual de pessoa determinada, mas é necessário, na hipótese, saber o porquê da representação ou da substituição, pois os pais representam o menor e só em casos específicos é que o MP age em favor deste, como bem exposto por Hugo Nigro Mazzilli: 'A possibilidade de o Ministério Público agir como autor no processo civil supõe autorização taxativa na lei, salvo as hipóteses de legitimação genérica nas ações civis públicas em defesa de interesses transindividuais'. (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 16ª ed., pág. 90). Assim compreendendo a questão, nego provimento ao recurso especial. É o voto." Outro dado curioso do acórdão é a doutrina em que se baseia a Ministra Relatora, já que, sabidamente, Hugo Nigro Mazzilli dedica a maior parte de sua produção científica ao estudo do Ministério Público e, como profundo conhecedor da matéria, não defenderia, ao arrepio da Constituição, uma atuação tão tímida da instituição. A citação que fundamenta o acórdão está fora de contexto, bastando a leitura das páginas seguintes à citada no voto para comprovar a inconsistência do raciocínio artificialmente construído. Com efeito, Hugo Nigro Mazzilli, desde seu *Manual do Promotor de Justiça* (Saraiva, 2ª ed., 1991), aponta mais de uma centena de hipóteses de substituição processual para a defesa de direitos individuais pelo Ministério Público, não acenando com a limitação mencionada no acórdão. Na realidade, a eminente Ministra se impressionou com o uso da "ação civil pública" para a defesa de um direito individual, deixando que o rótulo ofuscasse o conteúdo e que o nominalismo se tornasse um inibidor do direito de ação. Como se tratava de direito individual de criança, o membro do Ministério Público nominou a ação de "civil pública" por força do artigo 201, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, embora não concordemos com essa denominação, o que deveria ter sido apreciado era a legitimidade para a defesa do direito individual indisponível, independentemente da forma utilizada, sob pena de nos fixarmos em um formalismo inútil e desvinculado dos fins do processo (cf., por todos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006). A discussão sobre a legitimidade de agir não pode depender apenas do nome

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION897 897 4/10/2007 14:41:42

Não concordamos com essa decisão do Superior Tribunal de Justiça pelas seguintes razões:

1) A legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público decorre do artigo 127 da Constituição[91];

2) O Estatuto do Idoso reforça essa legitimidade e poderia ser aplicado ao caso concreto;

3) O fornecimento de medicamentos relaciona-se com o direito à vida e, portanto, pode ser buscado pelo Ministério Público ante a evidente indisponibilidade do direito;

4) O Ministério Público não possui legitimidade ativa apenas para causas coletivas;

5) O fato de uma ação ser rotulada de *ação civil pública* não interfere em nada com a questão de legitimidade, especialmente porque o direito de ação prescinde de pia batismal[92].

O mais impressionante nesse julgamento, no que se refere ao objeto deste trabalho, foi a importância dada ao "nome" atribuído à ação, inadmitindo-a porque o subscritor a denominou de "ação civil pública" e buscava-se a tutela de um direito individual. Raras vezes encontraremos um exemplo tão eloqüente de fetichismo em relação à forma.

Para ilustrar como o rótulo dado à ação impressionou o Superior Tribunal de Justiça, confira-se trecho deste voto:

> O conteúdo do presente mandado de segurança veio em pelo menos duas oportunidades a esta Corte e esta Turma rechaçou o conhecimento por ter usado o Ministério Público como instrumento a ação civil pública para defesa de direito específico das crianças nominadas na inicial. Como Relatora, entendi que *não era possível, em ação coletiva, proteger-se direito individual.* Em uma das demandas, a ementa ficou assim redigida: "Processo Civil – Ação Civil Pública: Legitimidade do Ministério Público – Nulidade absoluta não argüida – Limites do Recurso Especial. 1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso

dado à ação judicial, como veremos na próxima nota.

91. Tratamos do tema com maior profundidade em trabalho específico, inclusive situando a questão com base em outros julgamentos do Superior Tribunal de Justiça que reconheceram a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis: *O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

92. Essa é uma noção processual comezinha, mas vale fazer referência sobre um excelente estudo sobre uma temática complexa que é a tipicidade das ações: YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION898 898 4/10/2007 14:41:42

> especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas. 2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF). 3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei 9.394/96, ensejando o reconhecimento ex officio da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor. 4. Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional. 5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual. 6. Recurso especial provido. (REsp 466.861/SP, rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, maioria, julgado em 17/06/04, DJ de 29/11/2004)'". *Nestes autos, diferentemente, atuou o Ministério Público como substituto processual das duas crianças nominadas na inicial e veio a juízo com o mandado de segurança individual, em instrumento perfeitamente coerente com o direito pugnado.*[93]

Ou seja: a demanda já havia sido formulada em outras oportunidades, mas com nome de batismo equivocado; quando se modificou o rótulo, admitiu-se a tutela jurisdicional.

Desprezou-se o direito material em virtude de um nominalismo completamente irrelevante, fruto de um culto exacerbado da forma.[94]

Essa decisão frustra a tutela de direitos, impõe a movimentação desnecessária do sistema judicial, já que bastou a repropositura da mesma ação com outro nome para ser admitida, e causa profundo desgaste emocional, econômico e psicológico, sendo totalmente desarrazoada e contraproducente, além de negar ao processo sua função instrumental e, o mais grave, negar ao sujeito de direitos a tutela jurisdicional.[95]

---

93. REsp 574875/SP, DJ 06.03.2006, p. 298, Rel. Min. Eliana Calmon (destacamos).
94. "O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução de controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fator de garantia do resultado e da segurança das partes, não podendo ser objeto de culto" (BEDAQUE. *Efetividade... cit.*, p. 108). "Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial. [...]Impõe-se, portanto, a veemente rejeição do formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo, descurando de realizar a justiça material do caso" (OLIVEIRA. O formalismo-valorativo...cit.).
95. "Pouco adianta encontrar mecanismos de efetivação prática das tutelas se a elas não se chega porque o processo é repleto de armadilhas e empecilhos, que acabam por impedir seu desenvolvimento normal" (BEDAQUE. *Efetividade...cit.*, p. 89).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION899 899 4/10/2007 14:41:42

Bastaria a utilização de princípios básicos como o da adequação ou adaptabilidade do procedimento, da fungibilidade de meios, do formalismo-valorativo, da proporcionalidade, do acesso à tutela jurisdicional, enfim, do uso correto da técnica para que o direito fosse tutelado eficaz e rapidamente.

Para evitarmos o uso exagerado de adjetivos, preferimos nos limitar a transcrever o que disse Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

> Se a forma não é oca nem vazia, o que importa é o conteúdo não o nome do ato processual. Significativo avanço nesse campo decorreu da célebre decretal do Papa Alexandre III, de 1160, Livro II, tít. I, de judiciis, cap. VI, ao dispensar as partes de exprimir no libelo o nome da ação, bastando a proposição clara do fato motivador do direito de agir e da qual exsurge princípio hoje fundamental: em direito processual, o nome atribuído à parte ao ato processual, embora equivocado, nenhuma influência haverá de ter, importando apenas o seu conteúdo. De outro lado, o seu invólucro exterior, a maneira como se exterioriza, também perdeu terreno para o teor interno.[96]

José Roberto dos Santos Bedaque escreveu uma passagem que se encaixa perfeitamente ao caso:

> É o mesmo que dizer a alguém que a entrada em determinado recinto deve ser feita por outra porta, muito embora ela já tenha ingressado. Deverá, por amor à forma, sair e entrar novamente, sem que haja razões substanciais para a exigência. Trata-se, realmente, de apego exagerado ao formalismo, incompatível com os princípios informativos do direito processual.[97]

6. A ADMISSIBILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E A TUTELA DE DIREITOS

A idéia de que o plano da admissibilidade antecede o exame do mérito, só podendo haver pronunciamento sobre o segundo se ultrapassado o primeiro, é técnica e logicamente correta. Por isso,

> […] constitui erro gravíssimo extinguir o processo com invocação simultânea de fundamento estranho ao mérito e de fundamento a ele pertinente. Reconhecendo e proclamando a existência de motivo da primeira espécie, abster-se-á o juiz de externar qualquer opinião acerca do meritum causae. É penoso ler observações do tipo: "Mesmo que não houvesse razão para por termo ao feito sem exame do mérito, com referência a este não seria possível acolher o pedido". Além de tecnicamente condenáveis, semelhantes adendos podem causar sérios inconvenientes do ponto de vista prático. Merecem proscrição absoluta.[98]

96. O formalismo-valorativo...cit.
97. *Efetividade...cit*., p. 151, nota 128.
98. BARBOSA MOREIRA. Aspectos da "extinção do processo" conforme o art. 329 CPC. *Saneamento do*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION900 900 4/10/2007 14:41:42

Entretanto, nem sempre a ausência de uma condição da ação ou de um pressuposto processual implicará necessariamente a extinção do processo.

Essa afirmação apresenta aparente contradição com o que foi afirmado no primeiro parágrafo deste item, mas, na realidade, não se trata de confusão conceitual e sim de reafirmar o compromisso com uma tutela jurisdicional efetiva.

Se algum requisito de admissibilidade faltante não impedir o prosseguimento prático do processo, seja porque a causa já esteja pronta para o julgamento, não tendo havido o controle da preliminar no tempo devido, seja porque inexistiu prejuízo para o interessado, ultrapassa-se o plano da admissibilidade, devendo prevalecer o plano do mérito, inexistindo utilidade na extinção serôdia do processo por inadmissibilidade.

Já havia percebido esse fenômeno Fredie Didier Jr. em sua tese de doutoramento, constatando que a inadmissibilidade nem sempre implica a extinção do processo, bem como esta não deriva necessariamente daquela, concluindo que

> […] somente deve ser extinto o processo nas hipóteses em que o aproveitamento dos atos do procedimento, com o conseqüente prosseguimento da marcha, mostrar-se, do ponto de vista prático (operacional), impossível., [99]

Mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni situou bem a questão:

> Objetiva-se, com a instituição desses requisitos, em alguns casos a proteção do interesse público, em outros a proteção do autor, e ainda em outros a proteção do réu. Ao se perceber a razão de ser dos ditos pressupostos processuais, torna-se claro que eles não são requisitos para o julgamento do mérito ou para uma decisão sobre o mérito, mas condições para a concessão da tutela jurisdicional do direito. Quer isso dizer, em outras palavras, que eles devem estar presentes não para que o juiz possa julgar o mérito, porém para que o juiz possa conceder a tutela jurisdicional do direito. [...] Em resumo: a falta de pressuposto processual apenas impede o julgamento do mérito quando instituído em favor do interesse público. Quando o mérito for favorável ao réu, a ausência de pressuposto voltado à sua proteção não retira do juiz o dever de proferir sentença de improcedência, de modo que a ausência de pressuposto impedirá a tutela do direito material, mas não o julgamento do mérito. Porém, sendo o mérito favorável ao autor, a concessão da tutela jurisdicional do direito somente será possível quando o pressuposto negado tiver o fim de o proteger.[100]

José Roberto dos Santos Bedaque escreveu a tese com que conquistou a titu-

---

Processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 272.

99. *Pressupostos...cit*., p. 51.

100. *Curso de Processo Civil. V. 1. Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 475/476.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION901 901 4/10/2007 14:41:43

laridade em Direito Processual Civil na Universidade de São Paulo[101] exatamente com o propósito de demonstrar que a efetividade do processo está correlacionada com a técnica processual e demonstrou, com ampla fundamentação teórica, sempre aplicada a exemplos práticos, que todo esforço interpretativo deve ser no sentido da preponderância do julgamento do mérito:

> […] não podem os requisitos de admissibilidade do exame do mérito impedir, de forma absoluta, seja atingido o escopo maior da atividade jurisdicional do Estado. A falta desses requisitos (pressupostos processuais e condições da ação) somente será óbice ao julgamento de mérito se inútil esse resultado ou se violado algum princípio maior que esteja à base da exigência formal", acrescentando que "extinção sem julgamento do mérito constitui frustração dos objetivos da atividade jurisdicional

e, por isso, a admissibilidade *"não deve ser considerada mais relevante que os próprios escopos do processo"*.[102]

O exame da admissibilidade deve ocorrer o mais precocemente possível, a fim de evitar a prática de atos inúteis. Mas pode ocorrer, e freqüentemente ocorre, que o processo já esteja instruído, o contraditório tenha sido corretamente obedecido e não haja nenhuma violação do interesse público, e, mesmo, assim, nota-se que formalmente há uma falha que atinge a admissibilidade da tutela jurisdicional. Diante desse quadro, deve ser ultrapassado o óbice formal, prestando-se a tutela jurisdicional.[103]

Não se propugna um irresponsável acesso à tutela jurisdicional; busca-se simplesmente que sua admissibilidade não seja uma barreira intransponível e

---

101. Trata-se de trabalho já tantas vezes citado: *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, *passim*.
102. Idem, p. 162 e nota 150.
103. "Após o desenvolvimento de um processo, reunidos os elementos necessários à solução do litígio, verifica-se, tardiamente, a falta de algum requisito processual, seja pressuposto, seja condição da ação. Mesmo concluindo que essa ausência não impediu que o instrumento proporcionasse aos interessados plena possibilidade de participação e ao juiz total visão do fenômeno substancial sobre que incidirá sua decisão, invalida-se o processo ou extingue-se-o sem exame do mérito, colocando a perder tudo o que se realizou até então, apenas em homenagem à técnica processual" (BEDAQUE. *Efetividade...cit.,* p. 192). "Mas é comum nos depararmos, em fases já adiantadas do procedimento, com problemas relacionados à técnica. São irregularidades que, se detectadas no momento próprio, possivelmente o processo ficaria comprometido, tendo em vista a ineficácia do instrumento. Não se pode admitir o desenvolvimento de relação processual sem a certeza de que ao final será eliminada a crise de direito material. Se por alguma razão, todavia, a relação entre juiz, autor e réu seguiu seu curso, não obstante o vício, outro deve ser o raciocínio a ser desenvolvido. Depois de despendidos tempo, energia e dinheiro de todos os interessados na solução do conflito, a preocupação maior do juiz deve ser com a eliminação do defeito, a fim de que o instrumento possa ser aproveitado. Parece possível estabelecer regra geral a ser adotada pelo intérprete, diante de irregularidades verificadas no curso do processo, especialmente após o encerramento da fase instrutória: se possíveis o restabelecimento da ordem processual, a preservação da segurança e a garantia de participação das partes no resultado do processo, o vício deve ser relevado" (Idem, p. 105).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION902 902 4/10/2007 14:41:43

idolatrada, tornando o julgamento do mérito um episódio acidental, como se a inadmissibilidade fosse um evento natural. Enfim, deve ser proscrito o fetichismo da forma.

Evidentemente, se o requisito de admissibilidade ausente for intransponível, a tutela jurisdicional não poderá ser prestada. Não se pretende banir o plano da admissibilidade, mas apenas demonstrar que a extinção do processo prematuramente não pode ser automática ou natural. Pretende-se, assim, que o plano de admissibilidade seja considerado de forma razoável e contextualizado de acordo com a garantia do acesso à tutela jurisdicional.

O trabalho do intérprete deve ser direcionado à prestação da tutela jurisdicional. Levemos a instrumentalidade do processo ao seu máximo, ultrapassando-se o plano da admissibilidade, quando possível, para que o mérito seja apreciado, apesar da constatação de irregularidades formais. Somente assim agindo a tutela jurisdicional caminhará firmemente para a tutela de direitos e o processo cumprirá sua função.[104]

O processo não é auto-suficiente e não possui vocação para solista. A tutela jurisdicional é a sua finalidade e a sua gênese. Por essa razão, o juízo de admissibilidade não é estático nem mecânico, merecendo criteriosa e razoável apreciação para que não se torne um artifício para a frustração da função do processo.

104. "Sejamos sinceros. O processo não vem cumprindo sua função. O instrumento estatal de solução de controvérsias tem sido muito mais fonte de conflitos que meio pelo qual se obtém a pacificação social. As denominadas 'questões preliminares', de natureza exclusivamente processual, acabam se transformando no objeto principal do processo, ofuscando a matéria de mérito, que muitas vezes sequer chega a ser examinada" (BEDAQUE. *Efetividade...cit.*, p. 75).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION903 903 4/10/2007 14:41:43

CAPÍTULO XXXVI

A PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA DO PROCESSO NA TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA

Rosemiro Pereira Leal*

Sumário: 1. Processo ante o absolutismo do saber solitário – 2. Processo e seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia) – 3. A produção do sentido legal como maldição (mal-dicção) – 4. Processo e tempo nas democracias não-paidéicas – 5. Conclusões.

1. PROCESSO ANTE O ABSOLUTISMO DO SABER SOLITÁRIO

O Processo é na pós-modernidade[1] um discurso argumentativo de compartilhada fixação procedimental *ad-hoc*[2] do sentido normativo em níveis instituinte, constituinte e constituído do **direito**. Com isso, desabona-se a crença milenar de que o direito é uma dimensão congênita (autopoiética)[3] e intrínseca ao ser social à normatização (sistematização) comportamental do homem. A conjectura de dessubstanciação e dessubjetivação do **direito** torna possível ao homem lidar com um direito na acepção de *médium* lingüístico-autocrítico co-participativo de produção[4], aplicação e extinção da normatividade. Esse direito discursivo, isto é, essa linguisticidade produtiva e institutiva de normas[5], como **processo jurídico**, é que seria instituinte (constituinte-originário) e constituinte-constitucional de um **direito a ser ativado** (pós-ativo = positivo) e não mais um direito ativo miticamente surgido da natureza ou de um **poder** instituinte (constituinte) originário (egresso) do leito das culturas ou da razão pura ou apriorística.

Portanto, esse direito **pós-ativo** (positivo) não é mais concebido no sentido de Kelsen (surgido **no depois** de uma norma fundamental pressuposta) ou dos culturalistas[6], expressivistas e positivistas (ativado pelo estar-entre-os-homens

---

(*) Professor da Graduação e Pós-Graduação da UFMG, PUC/MG e FUMEC – Advogado Militante.

1. HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*, Edições Loyola, SP, 1992, p. 301.
2. POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo*, Editora USP – ITATIAIA-BH, 1975, ps. 26-27.
3. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*, Editora da UNB, Brasília, 1980.
4. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, Editora IOB/TOMSON, SP, 6 ed., 2005, ps. 98-105.
5. LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos Fundamentais do Processo na Desnaturalização dos Direitos Humanos. *in: O Brasil que queremos:* reflexões sobre o Estado Democrático de Direito, Marcelo Galuppo (org.), Editora PUC-Minas, 2006, ps. 665-675
6. ARENDT, H. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo, Editora Forense Universitária, RJ, 9 ed., 1999.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION905 905 4/10/2007 14:41:43

– Cassirer, Smend, Carl Friedrich, H. Arendt, Brandom) por palavras persuasivas (*lexis*) oriundas do saber-viver (*ethos-phronesis*) inerentemente comunicativo (tópico-retórico[7] ou pragmático-linguístico) de manutenção de laços sociais (**contexto**) advindos de significados míticos historicamente colecionados e de tradições ou liberdades inatas indevassáveis em sua gênese. O **processo**, na teoria neo-institucionalista, abre oportunidade à impugnação da fé sociológica criativa de uma **sociedade** historicamente hipotética (desde sempre-Rousseau) a se fragmentar e conflitar povos contra povos, a fundar Estados contra Estados, a criar Direitos contra Direitos por uma litigiosidade imanente e estruturante (dialética) congenitamente evolutiva ou involutiva.

A Psicanálise ocupou-se pioneiramente do **não-saber** (*o inconsciente*) como novidade científica trazida por Freud e discutida por Lacan[8] no fluir do séc.XX, o que permaneceu (e ainda permanece) olvidado pelos juristas, restando a estes alguns escorços pela escola legendreana[9] que, reforçando Kelsen (o nome-do-pai miticamente autocrático), traz um enfoque psicológico-corretivo (sancionário) que, por paradoxal, piora o quadro positivista do **direito** atualmente praticado, transformando distorcivamente a psicanálise em psiquiatria, psicologia e psicoterapia, como instrumento auxiliar da readaptação (ressocialização) do infrator a uma comunidade política paranóica cujos começos e fins dogmáticos não são esclarecidos ou perquiridos.

O ensino de Legendre oriundo de um positivismo híbrido (Kelsen, Ross e Hart) e das lições de Freud repete um saber repressivo dos Estados liberal e social de direito que concebem o homem como ser natural incestuoso (relutante à castração) e que elege um **pai** histórico e simbólico como **lei** a interditar-lhe esse desejo fatal de estar na **mãe**. Com isso, essa **lei** retira o homem da **mãe** (pressupostamente fálica e possessiva) e o insere na cultura jurídico-política do **estado vigilante** ou **paternal** que, transformando-o ficticiamente em cidadão e patriota, nacionaliza-o segundo leis (ainda mais perversas) de engodo e dominação em nome de uma garbosa civilização. Como Freud não desenvolveu uma teoria do Estado a que essa "civilização" prestaria contas, Legendre acaba piorando Freud ao aceitar uma visão hobbeseana de Estado-Segurança doador benévolo de suposto bem-estar para todos e lugar comum (referencial) de auto-afirmação e construção do "sujeito" humano. Daí o ímpeto de ressocialização pela pena que,

7. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
8. LACAN, J Jacques. *Le Seminaire. Livre XI. Les quatre concepts fondamentaux de la psychanalyse*, Éditions du Seuil, 1973.
9. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Direito e Psicanálise: a subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos. *In: O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito,* Marcelo Galuppo (org.), Editora PUC/Minas, BH, 2006, ps. 635-651.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION906 906 4/10/2007 14:41:44

em Legendre, há de ser imposta ao infrator (delinqüente). O que não examina Legendre é que as leis postas pelo **pai** nacional são, por descoberta da pós-modernidade, formas puras de dominação (retorno a Weber) ainda persistentes e o direito assim produzido transfere aos "sujeitos" aculturalizados responsabilidade que o **pai-estatal**, embora constitucionalmente obrigado, não acata e transgride. Por isso, é precária a leitura psicanalítica de Legendre, porque evita Lacan na sua melhor vertente interpretativa que é a de Althusser[10].

Em Legendre há uma generalizada foraclusão do nome-do-pai que não lhe é perceptível, porque, ao cuidar o Direito como "tautologia" a serviço do equilíbrio e ascensão social de uma civilização (Estado-Sociedade) pressuposta, limita-se a utilizar o conteúdo deontológico mítico-histórico-corretivo da norma jurídica como calibrador da paz social e a ordem jurídica mitificada como "sujeito" de um sistema social e político[11]:

> [...] o funcionamento do direito deve ser esclarecido, pois sendo tautológico pela própria natureza, a questão volta a se colocar: o direito é o direito porque é normativo, e é aliás assim que o sistema se apresenta em primeiro lugar, é sobre ele que as ciências sociais atualmente não deixam de se equivocar. Conseqüentemente, como poderemos então atribuir algum interesse ao direito, quanto à elaboração do princípio da Razão? A questão assume um outro viés, se a Referência absoluta é elevada ao *status* estrutural da palavra humanidade, isto é essencialmente às próprias condições que tornam possível a manutenção de um discurso, que como todo e qualquer discurso remete a um sujeito. Eis precisamente aí o ponto de oscilação que permite conceber o duplo registro de onde se origina o direito; a) o registro dos enunciados jurídicos tais como se apresentam e cujo tratamento pertence exclusivamente aos juristas; b) o segundo registro do discurso, atribuível às representações de um sujeito suposto, isto é *da própria ordem jurídica colocada como Sujeito no absoluto de um sistema social e político*.

A aceitação de que o direito contém uma *força inefável* que lhe confere, "pela própria natureza" (*sic*!), efeito normativo por enunciados só reveláveis aos juristas e provindos de um sujeito suposto personificado na ordem jurídica de um sistema social e político, exclui o **processo** como recinto **di-alógico** (crítico-discursivo) de adrede escolha teórica à produção e balizamento do sentido normativo na criação, atuação, aplicação ou extinção do **direito**. O **livre-arbítrio** na criação e aplicação ou extinção da norma fora do núcleo discursivo do **processo**, a partir de uma **livre-vontade** que não atende aos princípios autocríticos do **processo** na formação das opiniões e vontades, mistifica (mitifica) a produção e atuação do direito, tendo em vista que a vontade humana centrada num "eu"

10. ALTHUSSER, Louis. *Freud e Lacan – Marx e Freud*. Edições Graal, 2 ed., RJ, 1985, ps. 47-72.
11. LEGENDRE, Pierre. Seriam os Fundamentos da Ordem Jurídica Razoáveis? *In: Sujeito do Direito e Sujeito do Desejo*: Direito e Psicanálise – Sônia Altoé (org.), Editora Revinter, RJ, 1999, p. 23.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION907 907 4/10/2007 14:41:44

soberano (sábio em seu reinado) ou inatamente puro e isento de influências malévolas (razão pura ou dádiva metódica por certezas adquiridas na metodização) cria uma fé num direito natural fundador do justo e do certo e conseqüentemente delator obsessivo do injusto e do incerto.

O que a psicanálise lacaniana explicita (e Popper também antes dela) é que o livre arbítrio, como saber auto-iluminado, é paranóico (taxativo) e que não há um "**eu**" *a-priori* que seja neutro, verdadeiro e imperturbável (Descartes-Kant) na originalidade de seu querer. Na psicanálise, a auto-construção ontológica da metafísica grega e da *res* e *actio* romanas cedem lugar, como também queria Heidegger, ao *ex-íntimo* como linguagem-mundo dentro da qual o homem nasce e cria formas de mundos no *intra-mundo* dos demais entes.

Essa reflexão de Heidegger, inaugurando uma radical virada ontológico-lingüística, que arrancou o **ser** da gaiola da metafísica, colocando-O na rede da linguagem pela afirmação de que "já sempre pertencemos à linguagem"[12] porque "falar é escutar a linguagem que falamos"[13], ainda preconiza uma linguagem substancialista como **morada** (velamento) de um **ser** autônomo e diáfano de múltiplas possibilidades transcendentais da qual procederia a escuta humana do **ente** falante. Entretanto, a linguagem heideggeriana do **ser** fantasmal, embora *existente* a partir do **ente** humano (*dasein:* **o ser-aí** no intra-mundo dos entes), contrapõe-se ao fundamento psicanalítico freudiano (lacaniano) da *falta-a-ser* predicativa da linguagem humana e representada pelo significante de **um** desejo inomeável e de impossível satisfação absoluta, o que ensejaria o criacionismo (pelo homem) do seu **ser** na falta-a-ser (*significantes novos* como invenção[14]). Porém, o lugar inventivo a partir do qual é criado na linguagem o *savoir-faire-avec* (saber-fazer-com) ainda não instala um recinto discursivo de compartilhamento primordial (**processo**) na produção do sentido a fundamentar (fundar) normativamente um *ser-fazer-ter-haver* para todos ao pleito deliberativo-construtivo de uma **sociedade política** por uma comunidade jurídica processualmente constituída (constitucionalizada).

A teoria *neo-institucionalista* do processo conjectura, à sua compreensão, a pré-instalação de um **pacto** de significância (paradigma discursivo-lingüístico) como *teoria da constitucionalidade* (teoria axial), a regenciar e balizar a construção, aplicação e extinção do **direito** que reclama, por conseguinte, ao seu exercício, falantes **dialógicos** (*legitimados ao processo*) que adotem princípios

12. HEIDEGGER, M. *A caminho da Linguagem*, Editora Vozes, Petrópolis, RJ, 2003, p. 203
13. HEIDEGGER, M. Idem, p. 203
14. HARARI, R. *Como se Chama James Joyce?* Agalma Editora, Bahia, 2003.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION908 908 4/10/2007 14:41:44

autocríticos: **contraditório, ampla defesa e isonomia**. Em conseqüência, ao se sustentar, na perspectiva *neo-institucionalista*[15], que o *processo* é instituição constitucionalizada que se define por tais **princípios**, o que se desconstrói e anarquiza (desordena) é a presunçosa autocracia (tirania) de "**eus**" solipsistas, inatos e pressupostamente contextualizados em seus absolutos e estratégicos saberes deontológicos e corretivos na justificação e aplicação do **direito**. Aqui também se desgarra de Günther[16] que entende os discursos de fundamentação (justificação-aplicação) do direito pelo exercício de uma livre, natural e atomística liberdade (*em si*) organizativa (coerente) da fala entre comunicantes (assembléias), bem assim de horizontes de suposta *comunhão prévia* de sentidos intersubjetivamente inferidos de contextos sociais estabilizados (Rorty-Habermas).

Aliás, Habermas, dizendo alterar seu conceito de "intersubjetividade" antes sustentado, procura aliar-se mais fortemente aos neo-pragmáticos, o que vem confirmar que a virada que sempre propôs não é "lingüística", mas pragmático-contextualista-linguageira por um agir (ação) comunicativo sócio-historicista-referencializante, veja-se[17]:

> Mas, após a virada lingüística, todas as explicações partem do primado de uma linguagem comum. Assim como a auto-representação das vivências subjetivas a que o sujeito tem acesso privilegiado, a descrição de estados e eventos no mundo objetivo também é dependente do uso interpretativo de uma linguagem comum. Por isso, a expressão "intersubjetivo" não se refere mais ao resultado de uma convergência *observada* de pensamentos ou representações de diferentes pessoas, mas à comunhão prévia – *pressuposta* da perspectiva dos próprios participantes – de uma pré-compreensão lingüística ou de um horizonte do mundo da vida no interior do qual os membros de uma comunidade lingüística se encontram antes mesmo de se entender sobre algo no mundo.

Portanto, torna-se consistente a denúncia de Popper (este sim, autor da virada lingüística na pós-modernidade com a qual se afina a *teoria neo-institucionalista*), de que Habermas ainda labora o **mito do contexto** a partir do qual retira (justifica) a validade (verdade) de suas pretensões comunicativas pertencentes a um mundo da vida como esfera pública poiética a gerar transformações sociais por uma cidadania (agir comunicativo) de uma sociedade civil apta a erradicar a dominação de sistemas jurídico-políticos estrategicamente implantados. Habermas equivocadamente entende que esses "contextos" (jurídico-ético-morais) seriam portadores de uma imanência instrutiva a levar a humanidade estabelecer

15. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, Editora Landy, SP, 2002
16. GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Aplication Discourses in Morality and Law.* Translated by John Farrel, Albany, 1993.
17. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*. *Ensaios Filosóficos,* Edições Loyola, SP, 2004, p. 240.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION909 909 4/10/2007 14:41:44

consensos para um entendimento progressivo. Ora, esquece-se aqui que, sem um *médium* lingüístico pré-escolhido entre "teorias" concorrentes, os "contextos" como concha acústica de saberes historicamente acumulados, não testificados ao longo de suas enunciações, repetiriam catástrofes advindas do inesclarecimento intercorrente de seus fundamentos. É o que lemos em Popper[18]:

> O mito do contexto pode definir-se numa frase, como a que se segue. *A existência de uma discussão racional e produtiva é impossível, a menos que os participantes partilhem um contexto comum de pressupostos básicos ou, pelo menos, tenham acordado em semelhante contexto em vista da discussão.*
>
> Tal é o mito que vou criticar.
>
> Como já atrás referi, o mito assemelha-se a um discurso moderado ou a uma recomendação sensata que se deve ter em conta por forma a prosseguir uma discussão racional. Alguns podem mesmo pensar que o que descrevo como mito é um princípio lógico ou algo baseado num princípio lógico. Pelo contrário: julgo não se tratar só de uma afirmação falsa, mas também viciada, e que, a ser acolhida de forma generalizada, minará a unidade da humanidade, contribuindo assim para o forte aumento da probabilidade de violência e de guerra. Esta é a razão principal pela qual desejo combatê-lo e refutá-lo.

Em Alexy[19], o que se otimiza é a talentosa liberdade que se concede ao feitor e aplicador da lei em seus solitários saberes emersos de ideais universais ou colegiadamente pragmatizados (atividades jurisdicionais) aos moldes de Rawls e Dworkin.

Assim, o giro lingüístico no sentido pós-moderno de dar suporte a uma **democracia discursiva** não equivale ao que a **modernidade** habermasiana registra pelo salto fantasístico (cultural) da "filosofia da consciência" para a "filosofia da linguagem" de um agir comunicativo[20], porque este, por si só, sem dizer que linguagem está falando e significando, continua emitindo significados por significantes referidos a um *pragma* (experiência histórica) de um passado extra-linguístico opacamente recebido[21] no presente como dogmas, valores (ética e moral) e saberes, a exigirem sempre uma **livre-vontade** autoritária (livre-passagem pela voz egóica impeditiva da tematização do pensar) para se perseverarem no futuro. Essa **livre-vontade-legiferante**[22] é que secularmente preserva as amarras do obscurantismo inçadas ao *status* das artes, esportes e cultura como "formas puras" (Weber) de continuada dominação social. O percurso protagoriano da

18. POPPER, Karl. *O Mito do Contexto*. Edições 70, Lisboa, 1996, p. 57
19. ALEXY, R. *In: Revista de Direito Administrativo,* RJ, nº 217, julho-set. 1999, ps. 56-78
20. HABERMAS, Jürgen. *Discurso Filosófico da Modernidade*, Editora Martins Fontes, SP, 2000, p. 417
21. OGDEN and RICHARDS, *The Meaning of Meaning,* Routledge & Kegan Paul, 1960, 1 ed., 1923
22. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão Jurídica*, *ob. cit.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION910 910 4/10/2007 14:41:45

linguagem, trabalhado por Montaigne, Popper, Bachelard e pela escola freudiana-lacaniana, sem esquecer a esquizo-análise (Guattari e Deleuze), marca a ruptura com o princípio platônico-aristotélico da **não-contradição**, uma vez que possibilita considerar as *aporias* (não-saberes) da linguagem o *locus* de oferta de atuação incessante, e aberto a todos, à fiscalidade procedimental (redução de lacunas) do sistema jurídico adotado e de concreção-fruição de direitos fundamentados, líquidos e certos[23] (inclusão social), processualmente constitucionalizados (pré-decididos) e garantidos (auto-aplicáveis).

2. PROCESSO E SEUS PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS (CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, ISONOMIA)

A começar pelo **contraditório**, assim se pronuncia Aroldo Plínio Gonçalves, louvando-se nos ensinamentos de Fazzalari:

> O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.[24]

Certamente a incursão principiológica acima transcrita já contempla uma **teoria** avançada de **processo**, a qual o retira dos escopos meta-jurídicos, rompendo, de vez, com a escola instrumentalista que o concebe arcaicamente como instrumento da Jurisdição estatal (esta como atividade dos juízes). Entretanto, como já assinalamos por várias vezes, há expressões no horizonte fazzalariano que ainda ficam obscuras, quais sejam "essência do contraditório", "igualdade de todos perante a lei", "igualdade de oportunidade no processo" e outras parecidas que poderiam ser destacadas.

Se o contraditório se define por uma "essência", esse ensino se tornaria tópico-retórico à medida que não explicasse o que seria igualdade de oportunidade ou liberdade de todos perante a lei. O corolário essenciante resolveu-se, como se lê no trecho mencionado, pela "simétrica paridade de participação no processo". Embutiu-se o **contraditório** na **isonomia** sem considerar a complexidade do instituto da "simétrica paridade" (isonomia), traduzindo-a nos estreitos limites da

23. LEAL, Rosemiro Pereira. Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. *In: Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada,* Editora Del Rey, BH, 2005, p. 23-32.

24. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Aide Editora, RJ, 1992, p. 127.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION911 911 4/10/2007 14:41:45

igual liberdade participativa para todos. Porém, a isonomia supõe três vertentes de reflexão: isotopia, isomenia e isocrítica[25] com outras implicações topológicas mais ampliadas por Francis Wolff[26]. Essa conjectura é, na teoria processual democrática[27], de relevantíssima importância, porque igual oportunidade, como contraditório, poderia até mesmo ser garantida em Estados autocráticos ou judicialistas por uma constituição ou leis de fundo positivista ou pós-positivista.

O esforço cientificamente representativo de situar o **contraditório** no âmago da **isonomia** só se destacaria, nas democracias jurídico-discursivas, se essa "igualdade perante a lei" oportunizasse, antes, capacitação técnico-científica pelo domínio de "teorias jurídicas" para obviar testabilidade recíproca pelos sujeitos do processo quanto aos conteúdos argumentativos da interpretação (hermeneutização) das leis asseguradoras de possíveis liberdades iguais para todos em participarem do processo (isomenia-isocrítica) ou de se habilitarem ao exercício de uma escolha qualificada de um representante legal para se valer do **contraditório** como princípio fundamental do direito ao **processo.** O velamento do que seja "igualdade de oportunidade" fetichiza uma abertura para ficar "perante a lei" e não dentro da lei a fruir da compreensão e debate (ampla defesa) de seus conteúdos no espaço da procedimentalidade processualizada pelo tempo-lógico-jurídico-discursivo (prazos). Aqui não se instala um gerencialismo-elitista da compreensão da lei, mas um direito fundamental ao lúcido (teórico) exercício da discursividade formalizada.

A considerar o contraditório por uma "essência" da oportunidade de estar no processo em igualdade com outros, esquece-se como essa paridade se fundamenta para o exercício desse direito. A não colocar esse tema em cogitação, a **ampla defesa** se transmuta em tagarelice (lalação) ou presença vital de partes escreventes ou falantes (*praxis*) com igualdade gozosas de falas ou posições ingênuas. A **simétrica paridade** é princípio de conteúdos complexos que, ao seu esclarecimento, suplicam ingresso na demarcação teórica da **dignidade** que impõe, no plano instituinte-processual da LEI, nas democracias não-paideicas, acolhimento como direito líquido e certo[28] de auto-ilustração, para todos, sobre os fundamentos da existência jurídica. Outro equívoco é conceber os direitos fundamentais do **processo** e seus correlativos lógico-discursivos (vida, dignidade, liberdade) como direitos inatos ou historicamente humanos (direitos materiais), conforme

25. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, *ob.cit.*
26. WOLFF, Francis. *A Crise da Razão*, Cia. das Letras, SP, 1996
27. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia*, www.fmd.pucminas.br, virtuajus, Ano 4, nº 1, julho de 2005
28. LEAL, Rosemiro Pereira. *Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos*, *ob cit.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION912 912 4/10/2007 14:41:45

já salientamos em longo artigo[29] no eixo da *teoria neo-institucionalista do processo*[30].

3. A PRODUÇÃO DO SENTIDO LEGAL COMO MALDIÇÃO (MALDICÇÃO)

Os adeptos da incompletude ou completude atribuída à "natureza" da lei juridicamente legislada resolvem o problema da intrepretação da lei pela jurisdição (saberes judicantes inerentes ao aplicador da lei) ou pela prodigiosidade analógica dos praticantes da lei. Então, a questão não é de se filiar aos incompleticistas ou aos completicistas, porque, em não trazendo a fala o que pensamos por inteiro e não trazendo os sistemas tudo o que queremos falar, a lacuna (hiância significacional) na *teoria neo-institucionalista* só pode ser decidida[31] (resolvida) *ad-hoc* (nos sistemas jurídico-políticos abertos à crítica) na malha discursivo-principiológico-processual instituinte e constituinte (construtiva) do direito constituído (constitucionalizado). Por isso é que seria uma *mal-dicção* (maldição) encaixotar (leito de Procusto) o tempo processual (tempo discursivo) no tempo cronológico-procedimental em nome da retórica (ideologia) da "duração do processo" como transcurso temporal do procedimento.

A novidade constitucional da "razoável duração do processo" (art. 5º, LXXVIII, CB/88) agregada aos "meios que garantam a celeridade de sua tramitação", se não compreendida aos moldes teóricos (paradigma) de *status* democrático no sentido neo-institucionalista (*locus* jurídico-discursivo por uma *lexis* persuasiva processualmente ofertada)[32], cria óbices (exceções soberanas)[33] a interditarem os direitos ali colocados como fundamentais. É que, por ensino fazzalariano[34], **processo**, em sendo espécie de procedimento em contraditório, não pode subordinar-se a "meios" ou "celeridade" impeditivos do exercício da *cognitio* como topologia (não-tópica) coetânea a uma *ratio* contraditorial (técnico-intelectiva) pela seqüência de atos jurídicos, compositiva da estrutura do **procedimento**, que estabeleça uma relação espácio-temporal hábil a assegurar uma linearidade ou justaposição trifásica (postulatória-instrutória-decisória) ilustrativa e definidora da *causa petendi* entendida na concepção publicística da

29. LEAL, Rosemiro Pereira. *Direitos Fundamentais do Processo e a Desnaturalização dos Direitos Humanos*, *ob cit*.
30. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, *ob.cit.*
31. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, *ob. cit.*
32. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia*, *ob cit.*
33. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Boitempo Editorial, SP, 2004.
34. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, Tradução de Elaine Nassif, Bookseller Editora, 1 ed., 2006.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION913 913 4/10/2007 14:41:45

ordo judiciorum advinda do encerramento do ciclo histórico do direito formular nos primeiros séculos da era cristã. A recepção teórica da *cognitio extra-ordinem* como direito à exauriência probatícia assegurado pelo Estado na resolução dos conflitos marca a época fundacional da **jurisdição** enquanto arbitragem monopolizada pelo Estado-juiz e contemporaneamente do **processo** enquanto monopolizador da jurisdição.

Com efeito, a "razoável duração do processo" é uma expressão que estigmatiza o "processo" (arcaísmo instrumentalista) como **meio** de os juízes fazerem **justiça rápida**, podendo imprimir uma esperada e prestante velocidade (celeridade) pela via de uma "razoabilidade" de senso-comum e satisfazerem os fundamentos de uma **sociedade civil** pressuposta[35]. Está-se vendo que "processo" nessa obsoleta concepção assume sentido vitalista: tempo de nascer, viver e morrer. Ora, o **processo,** como instituição constitucionalizante e constitucionalizada e fundadora do *status* democrático não-paideico, não se desenvolve por relações métrico-temporais e espaciais (duração fatal), uma vez que, em sendo paradigma lingüístico-discursivo por princípios autocríticos (*teoria neo-institucionalista*), é interpretante que atua ao longo da validade e legitimidade do sistema jurídico sempre aberto a um *devir di-alógico* (crítico) procedimental construtivo, reconstrutivo, desconstrutivo, afirmativo ou extintivo dos conteúdos de legalidade que possam ameaçá-lo ou lesá-lo (contrapor-se ao **processo**). Portanto, mensurável é o **procedimento** que, em sendo a estrutura técnica regida ou regida-atuada pelo **processo,** comporta uma *ratio* interlocutória de durabilidade (relação jurídica espácio-temporal) que só pode ser uma **razão** egressa dos conteúdos da **lei** (*ratio-legis*) processualmente produzida *ex-ante* e que só é célere enquanto **efetivo** (assegurador de **eficiência sistêmica** redutora da massa de conflitos nas bases políticas da comunidade jurídico-democrática de direito). Não há, nas democracias jurídico-político-processualizadas, assegurar celeridade sem **ampla** defesa (esgotamento da *cognitio*) e isonomia (simétrica paridade de tempo procedimental e em direitos fundamentais já pré-cognita e processualmente garantidos na base instituinte da constitucionalidade).

4. PROCESSO E TEMPO NAS DEMOCRACIAS NÃO-PAIDEICAS

O ponto temático de **processo** e **tempo** suplica, nas democracias não-paideicas, mediação lingüístico-discursiva pela **teoria do procedimento processualizado**[36]

35. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo Civil e Sociedade Civil*. www.fmd.pucminas.br, virtuajus, ano 4, nº 2, dez. 2005.
36. ALMEIDA, Andréa Alves. *Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa*, Editora Fórum, BH, 2003.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION914 914 4/10/2007 14:41:45

e, não, como vimos, pelo **tempo** de uma retórica celeridade-garantista por um prodigioso pensar jurisdicional condutor de "direitos materiais" a exemplo das cogitações tópico-retóricas de Karl Engish[37], Carlos Maximiliano[38] e José Rogério Cruz e Tucci[39]. A escolha de uma **teoria** do procedimento é decisiva à caracterização do **direito** que se pretenda adotar para situar a atuação de uma **comunidade jurídico-política**. A **renúncia** ao tempo cronológico-procedimental não afeta a teoria do direito democrático, porquanto mesmo as transações e desistência de direitos pressupõem o **estar** permanente no *thema* lingüístico-discursivo (tempo teórico) do **devir** processualizado. A ausência de defesa ou do falar não torna ausente o **processo** como direito-garantia constitucionalizado ou torna a revelia ou a confissão passíveis de sanções ou de presunções punitivas, mas suscita o direito fundamental à substituibilidade ou representação processual de parte à produção efetiva (em contraditório) do discurso defensivo ou articulativo como exercício de cidadania[40].

O que se põe de relevo a indagar, nesse passo, é se o silêncio, a ausência premeditada, a apatia, a negligência, a revelia da parte, implicariam negativa ou prejuízo ao direito fundamental do **devido processo** nas democracias não paideicas que, por sua vez, só são realizáveis na exauriência dos direitos fundamentais pela binomialidade-discursiva de **contraditório-vida**, **ampla defesa-dignidade** e **isonomia-igualdade**. Na *teoria neo-institucionalista*, a indiferença (alheiamento) da parte (legitimado ao processo) ao exercício efetivo de direitos fundamentais processualmente produzidos e constitucionalizados é sintoma a explicitar frustrações continuadas ante a aspectos de persistência de entraves ideológico-judicacionais à implementação do sistema democrático.

5. CONCLUSÕES

A principiologia do **processo** na *teoria neo-institucionalista* exige o pressuposto jurídico-discursivo-autocrítico de exercício continuado de auto-ilustração e de fiscalidade incessante pelos sujeitos de direito (legitimados ao processo-**povo**) sobre os fundamentos do sistema jurídico adotado como destinatários, autores e co-autores, da construção (efetivação) de uma **sociedade política** a partir do recinto (âmbito teórico-conjectural) de uma linguisticidade (texto) processualmente constitucionalizada. Caracteriza-se assim um paradigma

37. ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 3 ed., 1977.
38. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15 ed., RJ, Editora Forense, 1995.
39. CRUZ e TUCCI, José Rogério . *Tempo e Processo*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1997, p. 21.
40. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia*, *ob.cit.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION915 915 4/10/2007 14:41:46

teórico-linguístico de compartilhamento na produção do sentido democratizante da normatividade expressa em possibilidades juridificantes de uma **existência jurídica** não posta por **realidades sociais** autopoiéticas nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos legislados.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION916 916 4/10/2007 14:41:46

CAPÍTULO XXXVII

ECONOMIC ANALYSIS OF LITIGATION AND THE LEGAL PROCESS: THE BASIC THEORY OF LITIGATION

Steven Shavell*

Sumário: 1. Bringing of Suit: 1.1. Definition of suit: 1.2. Private incentive to sue; 1.3. Volume of suit and its costs – 2. Fundamental Divergence between the Private and the Socially Desirable Level of Suit: 2.1. In general; 2.2. The divergence in a simple model; 2.3. The divergence continued; its importance and interpretation; 2.4. Corrective policy; 2.5. Comments on the foregoing – 3. Settlement versus Trial: 3.1. Simple model; 3.2. Interpretation of the model; 3.3. Models with explicit bargaining and locus of information; 3.4. Comments on and interpretation of the foregoing models; 3.5. Actual amount of trial versus settlement – 4. Divergence between the Private and the Socially Desirable Level of Settlement: 4.1. In general; 4.2. The divergence between private and social incentives to settle continued; 4.3. Legal policy bearing on settlement versus trial; 4.4. Comment: A chief social purpose of the institution of trial is paradoxical – to foster settlement – 5. Trial and Litigation Expenditure: 5.1. Private incentives to spend on litigation; 5.2. Actual litigation expenditures; 5.3. Social versus private incentives to spend on litigation; 5.4. Legal policy bearing on litigation expenditure – Bibliography.

"This paper corresponds to the first chapter on litigation and the legal process from a general book of mine[1]. Here I consider the basic theory of litigation, describing the three phases of litigation: its initiation through suit, the determination of whether the parties will settle their case or proceed to trial, and, if trial results, the trial expenditures. I also analyze the social desirability of their decisions, a major theme being that the private incentives to litigate may diverge from what is socially desirable. In the following chapter of the book, I extend the basic theory of litigation, examining among other issues the bringing of negative value suits, shifting of legal fees to losers at trial, lawyer-client fee arrangements, and the influence of insurers on litigation. Then, in the last chapter on the economic analysis of litigation and legal process, I discuss several general aspects of the legal process not considered in the basic theory and its extensions, including private systems of adjudication, the value of accuracy in adjudication, the appeals process, and the function of legal advice."

In this chapter, I take up the basic theory of litigation. Three stages will be considered. In the first, the party who has suffered a loss decides whether to bring a suit. A party who brings a suit is, of course, the *plaintiff,* and the party who is

---

(*) Professor de "Law and Economics" da Universidade de Harvard. Doutor em Economia pelo Massachussetts Institute of Technology (MIT).

1. "Basic Theory of Litigation", reprinted by permission of the publisher from *Foundations of Economic Analysis of Law* by Steven Shavell, pp. 389-418, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, Copyright © 2004 by the President and Fellows of Harvard College.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION917 917 4/10/2007 14:41:46

sued is the *defendant.* In the second stage, the plaintiff and the defendant decide whether or not they will settle the case – in the event of a settlement, the plaintiff agrees to drop the suit, usually in exchange for a payment from the defendant. If a settlement is not reached, the third stage, that of trial, occurs.

In each stage, I discuss how the parties behave and then how this compares to what is socially desirable. A theme that I emphasize is that the private incentives of parties in litigation may diverge significantly from socially appropriate incentives, given that litigation is a costly activity.

1. BRINGING OF SUIT

1.1. Definition of suit

By a suit, I will mean the taking of a costly initial step that is a prerequisite to further legal proceedings and trial. One may interpret suit as a formal legal action, such as the filing of a complaint, or as an action short of that, notably, the hiring of a lawyer. Bringing a suit involves costs; the plaintiff will expend time and energy and possibly incur a bill for legal services and filing fees.

1.2. Private incentive to sue

The plaintiff will sue when his cost of suit is less than his expected benefits from suit.[2] The plaintiff's expected benefits from suit involve possible settlement payments or gains from trial. However, for the purposes of this and the next section on suit, it will be sufficient to assume simply that there is an expected benefit from suit, without inquiring into its determination.

From the simple description of suit, note that suit is more likely the lower the cost of suit, the greater the likelihood of winning at trial, and the greater the plaintiff's award conditional on winning. Suit is also more likely the less averse to risk the plaintiff is and the more averse the defendant is.

1.3. Volume of suit and its costs

About 2.3 million non-criminal cases were filed in federal courts in 2000, and approximately 20.1 million non-criminal cases were filed in state courts[3]. These figures are probably underestimates of the truth, because many individuals

2. In this chapter it will be assumed that parties are risk-neutral unless otherwise noted.
3. See Ostrom, Kauder, and LaFountain 2001a, 13. The number of cases stated in text for state courts excludes not only criminal cases, but also juvenile cases and traffic cases.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION918 918 4/10/2007 14:41:46

who threaten suit settle without without ever having filed suit in a formal sense and many disputes are arbitrated.

The total costs of litigation, including those of suit, are great, as is indicated by the facts that legal services absorb approximately 1 percent of the labor force and 1.3 percent of gross domestic production[4]. The costs of suit, that is, of initiating legal action, are difficult to estimate, but a simple calculation is suggestive. If the hourly rate of a lawyer is, say, $250 and suit would require only 20 hours of the lawyer's time, the cost would be $5,000, excluding the consideration of the plaintiff's time, which could well be significant[5]. Thus, even if individuals are certain to prevail in trials, they will not bring suit unless their losses surpass a fairly significant threshold[6].

2. FUNDAMENTAL DIVERGENCE BETWEEN THE PRIVATE AND THE SOCIALLY DESIRABLE LEVEL OF SUIT

2.1. In general

I now take up the question of how the number of suits that parties are motivated to bring compares to the socially optimal level of suit. The main point that will be made is that the private incentive to bring suit is fundamentally misaligned with the socially optimal incentive to do so, and the deviation between them could be in either direction. The reasons for this conclusion may be understood as follows.

On one hand, there is a divergence between the social and the private costs of suit that can lead to a socially excessive level suit. Specifically, when a plaintiff contemplates bringing suit, he bears only his own costs; he does not take into account the defendant's costs or the state's costs that his suit will engender. Hence, the plaintiff might be led to bring suit when the total costs associated with suit would make that undesirable.

On the other hand, there is a difference between the social and private benefits of suit that may lead to a socially inadequate level of suit or may reinforce the cost-related tendency toward excessive suit. In particular, the plaintiff would not usually be expected to treat as a benefit to himself the social benefits flowing from suit, notably, its deterrent effect on the behavior of injurers (and

4. See Statistical Abstact of the United States 2001, Tables 596, 641, pp. 384, 418.
5. The average hourly rate of a partner in a law firm as of January 1, 2001, was $246; see The 2001 Survey of Law Firm Economics, p. 11-39.
6. This statement applies as well if the lawyer is bearing his own costs, under a contingency fee.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION919 919 4/10/2007 14:41:46

more generally, other effects as well)[7]. What the plaintiff does consider as the benefit from suit is the gain he personally would obtain from prevailing. This private gain is not the same as the social benefit from suit – the private gain is a transfer from the defendant and, as will be seen, could be either larger or smaller than the social benefit from suit.

2.2. The divergence in a simple model

To clarify these points, let us consider for concreteness the model studied in Part 2 of the book, on accidents, in which injurers can exercise care to lower the risk of accidents, and the social welfare goal is minimization of total social costs, comprised of the costs of precautions, those of accidents that occur, and also the costs of litigation. Thus, the socially optimal amount of suit is that which minimizes total social costs. We want to show that the amount of suit that private parties find it in their interest to bring could be above or below the socially optimal amount. Let us assume that liability is strict (I will comment on the negligence rule below), and consider two examples.

Example 1. To illustrate the possibility of socially excessive suit, suppose that the losses a victim would suffer in an accident are $10,000, that a victim's cost of bringing suit is $3,000 and an injurer's cost of defending is $2,000, that the probability of accidents is 10 percent, and that there is no precaution that injurers can take to lower the accident risk.

Victims will then bring suits whenever accidents occur, for suing will cost a victim only $3,000 and yield him $10,000. From the social perspective, this outcome is undesirable. Suit creates no beneficial deterrent, as injurers by assumption cannot do anything to lower risk. Yet suit does generate legal costs: Expected legal costs are 10% • •($3,000 + $2,000) = $500. The bringing of suits is not socially desirable in this example because there are no incentives toward safety created by the suits. This fact is of no moment to victims, nor are other parties' litigation costs. Victims bring suits for their private gain of $10,000.//

Although in this example there was no deterrent benefit whatever from the bringing of suits, it should be obvious that the point of the example would hold if the deterrent benefit were positive and not too large.

7. One way of expressing this point about deterrence is to observe that by bringing suit, plaintiffs contribute to the general impression that potential injurers have that they will be sued if they cause harm. Were the law only on the books, but never to result actually in suit, potential injurers would have nothing to fear.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION920 920 4/10/2007 14:41:47

Let us now illustrate the opposite possibility, that suits might not be brought even though it would be best that they are brought.

Example 2. Suppose here that the losses victims suffer in accidents are $1,000 and that an expenditure of $10 by injurers will reduce the probability of accidents from 10 percent to 1 percent. The costs of suit and of defending against suits are as in the previous example.

In this case victims will not bring suits, as doing so would cost a victim $3,000 but yield him only $1,000. Because injurers will not be sued, they will have no reason to take care to reduce risk, and total social costs will therefore be 10% • •$1,000 = $100.

It would be socially desirable for victims to bring suit, however. If they were to do so, injurers would be led to spend $10 to lower risk from 10 percent to 1 percent, and total social costs would thus be $10 + 1% • •($1,000 + $3,000 + $2,000) = $70. The bringing of suits is socially worthwhile here ($70 being less than $100), because of the significant reduction in accident losses that would result. (And observe that this is true even though the total legal costs of $5,000 exceed the victim's losses of $1,000.) But victims do not take the deterrence-related benefits of suit into account. Each victim looks only to his own gain from suit, which is negative.//

As emphasized, a victim does not bring suit in this example because his private gain, the harm he has sustained, is not sufficient to outweigh his legal costs, even though the general deterrent that would be engendered by the bringing of suits would so reduce accident losses that the bringing of suits would be socially worthwhile.[8]

8. A formal explanation of the points made in this section is as follows. Suppose that liability is strict. Victims will sue if and only if $c_P < h$, where c_P is the victim's (plaintiff's) cost of suit and h is the harm suffered and what he will collect if he sues. Let q be the probability of harm h if suit is not brought, let q•• be the probability of harm if suit is brought, and let x be the precaution expenditures that injurers will be induced to make if there is suit. (Thus, q• • will be less than q if x is positive.) If suit is not brought, total social costs will simply be qh. If suit is brought, social costs will be q••$h + x + q$•• $(c_P + c_D + c_S)$, where c_D is the injurer's (defendant's) litigation cost and c_S is the state's cost. Hence, the bringing of suit will lower total costs, be socially worthwhile, if and only if q••$(c_P + c_D + c_S) < (q$ • •q•$)h$ • •x. In other words, suit is socially worthwhile if the expected litigation costs are less than the net deterrence benefits of suit. It is clear that this social condition for when suits should be brought, and the private condition for when they will be brought, namely, $c_P < h$ are very different. Whether victims will sue does not depend on the costs c_D and c_S . Moreover, the private benefit of suit is h, the amount of harm (conditional on harm occurring), because this is what the victim will receive as a damages award; in contrast, the social benefit depends on the harm weighted by the reduction in the accident probability, q • •q••; net of the cost of precautions x. Therefore it is evident (as the examples illustrate) that victims might sue when suit is not socially optimal, and that victims might not sue even when suit would be socially optimal.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION921 921 4/10/2007 14:41:47

2.3. The divergence continued; its importance and interpretation

I now mention a number of issues that bear on the foregoing and its interpretation.

(a) *Negligence rule and the divergence between the private and the socially optimal level of suit.* Under the negligence rule, there is some reason to believe that the possible problem of excessive suit is less serious than under strict liability. The main reason is that, under the negligence rule, a harmful outcome is less likely to produce a suit than under strict liability because negligence must be shown in order to prevail. Indeed, in a hypothetical, perfectly working negligence system, a harmful outcome that is not the result of negligence would never result in suit, and this turns out to imply that there will never be a problem of excessive suit, and indeed that it would be desirable for the state to subsidize suits[9]. Of course, the negligence system does not operate perfectly in practice; victims sometimes bring suit against non-negligent injurers and injurers sometimes act negligently. Therefore, problems of socially excessive suit may well exist under the negligence rule, but it is plausible that they would be worse under strict liability.

(b) *Generality of divergence between socially optimal and privately induced amount of suit.* It should be clear from the discussion in section 2.1 that the point that the private and the social incentives to bring suit may diverge is robust. On one hand, it will always be the case that the private cost of use of the system will be less than the social cost. And, on the other hand, the private benefits from suit will be what the plaintiff will win from suit, usually money, whereas the social benefits from suit will ordinarily be different: They will always include deterrence benefits and may also include compensation of victims (if insurance is unavailable) and the setting of precedent. Potential plaintiffs will tend not to take all of these social benefits into account.

However, the private and social incentives to bring suit may roughly coincide in contract disputes. In such cases, the interested parties (with the exception of the state) are present at the bargaining table and actively design their contracts before disputes arise. Hence, we would expect contracting parties to set the terms of their agreement to minimize their expected losses *plus* their joint litigation costs. For example, to avoid litigation costs, contracting parties might

9. If the state's policy is to subsidize suit such that victims would always be willing to bring suit for negligently caused harm, injurers would be led by the threat of suit to take due care. Hence, no suits would actually result, just because injurers would take due care. Thus, no litigation costs would in fact be incurred by society.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION922 922 4/10/2007 14:41:47

stipulate that certain problems will not be deemed breaches of contract, or they might require that disputes will be inexpensively arbitrated. Nevertheless, many contracts will not be sufficiently detailed to include such remedies for problems of inappropriate suit, so that an attenuated private-social divergence to sue may still exist.

(c) Practical importance of the divergence. The difference in the private and the social costs of suit is often large, at least in percentage terms. As emphasized, the private cost divergence is that victims do not take into account injurers' and the state's litigation costs. Thus, it is not unreasonable to expect that victims may fail to take into account around half of total litigation costs.[10]

The difference between the private and the social benefits of suit can also be substantial. First, many harms are large in magnitude and give the victim significant incentives to sue, yet deterrence effects may be relatively small for a variety of reasons. To illustrate, let us consider two important areas of litigation: automobile accident litigation and product liability litigation.

With regard to automobile accidents, we know that harms are sufficient to generate a tremendous volume of suit: It is estimated that automobile accident disputes comprise at least half of all tort litigation.[11] However, intuition suggests that liability-related deterrence of these accidents may be modest. Individuals have good reasons not to cause automobile accidents apart from wanting to avoid liability: They may be injured themselves, and they face fines for traffic violations and also serious criminal penalties for grossly irresponsible behavior (drunkenness, excessive speed). Given the existence of these incentives toward accident avoidance, and given that the deterrent due to liability is dulled by ownership of liability insurance, one wonders how much the threat of tort liability adds to deterrence.[12]

In the area of product liability, it also appears plausible that the incentives created by the prospect of liability are not substantial in relation to litigation costs. Whether or not they will be held liable, firms do not want their products to harm their customers because, if this occurs, firms will tend to lose business

10. For example, in 2000, victims' fraction of total litigation expenditures by victims and defendants in tort cases was approximately 52 percent; see Tillinghast-Towers Perrin 2002. Also, in 1986, victims' fraction of total litigation expenses in automobile litigation was about 54 percent, and their fraction of total litigation expenses in non-automobile tort litigation was about 42 percent; see Hensler et al. 1987.
11. See Kakalik and Pace 1986, x, and Ostrom, Kauder, and LaFountain 2001b, 28.
12. Dewees, Duff, and Trebilcock 1996, 15-26, and Sloan 1998 survey empirical studies of the effects of liability on automobile accidents; as they discuss, the evidence is mixed and in some respects contradictory.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION923 923 4/10/2007 14:41:47

and/or have to lower their prices as a consequence. It is true, admittedly, that this inducement toward safety relies on the assumption that consumers will learn about the risks of different product defects, whereas consumer information is almost never perfect. But it may well be that consumer information is often tolerably good and that, on net, the marginal deterrence engendered by the threat of product liability is not great. Although study of the effect of product liability on accidents is, as with automobile accidents, surprisingly sparse, it is not inconsistent with the hypothesis of low deterrence.[13] The litigation costs of product liability, however, are high. Therefore, it again appears conceivable that the private incentive to sue has resulted in an excessive volume of suit.[14]

The opposite possibility, that the volume of suit is socially inadequate, also seems to be of practical significance. Recall Example 2 in which an individual's losses were relatively low, so that suit would not be brought, but in which the frequency of harmful events could be fairly cheaply reduced. This example seems to be of real relevance. One can readily imagine situations in which firms know that the harms that they cause will not be great enough to be worthwhile for a typical victim to pursue, even though the incidence of the harms could be decreased substantially by modest expenditures. (Consider low-level pollution damage, such as more frequent peeling of paint in a neighborhood near a factory, that the factory could eliminate by installing inexpensive smoke scrubbers.) One can also envision situations in which, even though the magnitude of harm might be high, the expected value of suit is still low because of difficulty in proving causation. (Suppose the pollution from the factory can produce cancer but its etiology is hard to demonstrate.) If, once causation were established, many other suits could easily be brought, then it might be socially valuable for suit to be filed in the case at hand even though that would not be advantageous to the plaintiff.

(d) *Cost of suit leads to inadequacy of precautions.* An issue that we have not adequately discussed concerns the effect of the costs of suit on the level of precautions that injurers are led to take. As a general matter, the costliness of suit means that injurers' incentives to take precautions will be too low, for two

13. For example, in one of the few empirical studies on product liability and deterrence, Priest 1988 examined aggregate statistics on accident and fatality rates; he found no evidence that the amount of litigation activity influenced injury or death rates. Also, Dewees, Duff, and Trebilcock 1996, 205, conclude their survey of empirical literature on product liability by saying that there is little evidence that strict product-liability has brought socially desirable safety gains.
14. Note that the argument of this paragraph does not apply with regard to product liability provisions that the parties write into their contracts, but only to court-mandated product liability. Note also that the argument obviously does not apply to harms to parties who are not injuring firms' customers (such as people who live near a factory and who are harmed by an explosion), for in the absence of liability firms will have no financial incentive to avoid causing them loss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION924 924 4/10/2007 14:41:48

reasons. First, and obviously, injurers might not be sued due to litigation costs faced by victims, and thus injurers' expected liability will tend to be too low; this is especially likely if the level of harm they tend to cause is lower than victims' costs of suit. Second, even if injurers expect to be sued when they cause harm for which they should be liable, their level of precautions will still be too low: The damages that injurers have to pay equal the direct harm they cause for their victims, but the full social costs include also the litigation costs associated with suit – the full costs that society incurs when harm leads to suit is not only the direct harm but also the resources absorbed in the litigation process. Thus, for injurers' incentives to be correct, injurers should bear, in addition to the direct harm caused to victims, the litigation costs borne by victims and by the state (injurers bear their own litigation costs already). If, for example, the harm is $10,000 and litigation costs of the plaintiff are $3,000 and those of the state $1,000, the injurer should pay $14,000, not $10,000.[15] This point is significant because the litigation costs of plaintiffs are substantial; to ignore these costs is to omit perhaps a third of the damages that are needed to provide injurers with proper incentives to reduce harm.[16]

2.4. Corrective policy

It should be straightforward in principle for the state to remedy an imbalance between the privately-determined and the socially best level of litigation. If there is excessive litigation, the state can discourage it by imposing a properly chosen fee for bringing suit or by some other device to make suit more expensive; the state could also refuse to allow unwanted categories of suit to be brought. Conversely, if there is an inadequate level of suit, the state can subsidize or otherwise encourage suit.

However, the state requires a great deal of information to be able to assess the socially correct volume of suit. To determine whether suit is socially desirable, the state must ascertain not only the costs of litigation for both sides, but also the deterrent effect of suit. This means that the state needs to deduce the cost of precautions and their effectiveness.

15. It should be observed that the conclusion of this paragraph applies whether or not the volume of suit is optimal. Even if suit is brought when it should not be, it is still the case that causing harm leads society to incur litigation costs. Thus, the level of precautions should still reflect the harm plus total litigation costs, so that the injurer should still pay for the defendant's and the state's litigation costs.
16. Total litigation costs appear to be about equal to amounts received by plaintiffs. Also, litigation costs may be borne roughly equally by plaintiffs and defendants (note 9). Hence, for every dollar that defendants pay to plaintiffs, plaintiffs may spend 50 cents in litigation costs, and defendants need to pay this (and the state's costs) as well in order for their incentives to take precautions to be appropriate.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION925 925 4/10/2007 14:41:48

It should be noted that, by contrast, for the state to ameliorate the problem of inadequate precautions due to the cost of suit (as just discussed in section 2.3(d)), a corrective policy that will be helpful is easily identified and should not be difficult to implement. Namely, when suit is brought, liable defendants should have to pay more than the harm done; they should also have to pay victims' litigation costs and the states' costs, for only then will they be bearing the full social costs associated with harm.[17]

2.5. Comments on the foregoing

Let me now make a number of remarks about the divergence between the actual and the socially desirable amount of suit and about corrective policy.

(a) *Policies wrongly thought generally to improve the volume of suit: making plaintiffs pay the state's litigation costs, and loser-pays fee-shifting.* It follows from what has just been said that two policies that are popularly suggested as cures for an improper volume of suit cannot be taken to be so in any general sense. The first policy is making those who sue pay for the state's litigation costs, on the ground that it is economically rational for a party to have to purchase the services that he uses.[18] It is true, of course, that society would usually want a person to pay for the cost of provision of any service that he enjoys. If a farmer uses the services of a government veterinarian, we would want him to pay for the veterinarian's time, for then the farmer will use veterinary services when and only when he places a value on them exceeding their cost. This is desirable because we assume the farmer's benefit to be coincident with the social benefit, so when he decides that his benefit exceeds the veterinarian's cost, that is true for society as well. But when a person brings suit, his benefit is, as stressed, generally different from the social benefit. Hence, it is not clear that making him pay the full social costs of suit will lead to a better decision from society's perspective. (More to the point, perhaps, we know that the policy of making plaintiffs pay for the state's costs cannot be desirable in all cases, because we know that it might discourage suit when suit would be socially beneficial.)

The second policy that many find appealing is fee-shifting, under which the losing party pays the fees of the winning party. This policy is sometimes advanced on the theory that it is just or fair that someone who has been shown

17. If it is desirable to increase victims' incentives to sue, then the augmented damages could be paid to them; if it is best to discourage suit, certainly it would not be good to allow victims to collect more, and the extra payments of defendants should thus be made to the state.
18. For discussion of this argument, see, for example, Lee 1985 and Posner 1985b, 136.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION926 926 4/10/2007 14:41:48

wrong in court should pay the other side's legal expenses[19]. The question for us to consider, however, is whether loser-pays fee-shifting will have a beneficial effect on the volume of suit[20]. In the examples and the analysis that I presented above, fee-shifting would simply serve to encourage litigation because victims – whom we have assumed to have good cases – would always be able to lay off their litigation costs on injurers. Thus, fee-shifting would tend to worsen any problem of excessive suit. Moreover, in situations where those who bring suit do not win with certainty, it can also be demonstrated that there is no general basis for a policy of loser-pays fee-shifting. This is not to deny that fee-shifting can have socially desirable effects in particular circumstances. For instance, in the example in which it was desirable for the state to subsidize suit, fee-shifting would equally induce suit; and in contexts in which some individuals would bring unmeritorious suits to extract settlements, feeshifting might be desirable because it would discourage suits that are unlikely to succeed. But we are here examining the issue of whether there is a systematic advantage of fee-shifting in regard to controlling the volume of litigation, and there is not.

The two policies just considered thus cannot serve as general correctives for problems with the volume of suit. Furthermore, a little reflection reveals that there does not exist any simple policy tool, any "magic bullet" for achieving that purpose, because appropriate social policy depends inherently on assessment of the deterrent effect of suit, and this is intrinsically complicated.

(b) Practical use of corrective policy. Policies to correct the volume of suit in broad categories of case may be desirable and feasible. If, for example, serious study of automobile accidents and/or product accidents suggests that suit is excessive (see section 2.3(c)), one could imagine imposition of fees on plaintiffs for bringing suit, or even a ban on suit, for these accidents. Similarly, if it were concluded that we ought to encourage suit for certain types of low-magnitude harms (see again section 2.3(c)), one could envision the adoption of subsidies or loser-pays fee-shifting to stimulate legal action. Such policy responses are fairly easily envisaged because they would not be difficult to implement and because we have observed their use before. On one hand, worker's compensation legislation[21] and automobile no-fault statutes have removed important categories of

19. For discussion of this fairness rationale, see, for example, Rowe 1982, 653-57.
20. The proper consideration of notions of fairness from the perspective of welfare economics is not discussed here; the issue of relevance here, however, is the effect of fee-shifting on social welfare through its influence on litigation costs and the volume of suit.
21. See, for example, Dewees, Duff, and Trebilcock 1996, 387-94.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION927 927 4/10/2007 14:41:48

accident from the domain of tort law,[22] New Zealand has barred suit for all cases of personal injury,[23] and certain jurisdictions have shifted legal fees to losing plaintiffs to discourage litigation. On the other hand, legal aid programs have been employed to subsidize litigation, statutes have authorized the award of multiplied damages to spur certain types of litigation, and legal fee-shifting has been permitted in some areas for the same reason.[24]

Whether judges could reasonably decide to discourage or encourage suit in individual cases is another matter. To do this, judges would need to obtain information about, or gain a fairly good intuitive understanding of, the deterrent effect of bringing a specific type of case. One suspects that judges would not usually be able to evaluate deterrence on such a refined level. Unless they could do so, the most likely type of policy that could justifiably be employed to correct the volume of suit would be legislative actions applying to whole categories of cases.

Note on the literature. The subject of the private versus the social incentive to bring suit was first developed in my article Shavell (1982b).[25]

3. SETTLEMENT VERSUS TRIAL

Assuming that suit has been brought, I now take up the question of whether parties will reach a settlement or instead go to trial. A settlement is a legally enforceable agreement, usually involving a payment from the defendant to the plaintiff, in which the plaintiff agrees not to pursue his claim further. If the parties do not reach a settlement, we will assume that they go to trial, that is, that the court will determine the outcome of their case.[26] I discuss here two different models describing whether settlement occurs and then consider the socially optimal versus the private decision of whether to settle.

22. See, for example, Joost 1992 and Carroll et al. 1991.
23. See, for example, Palmer 1994.
24. This is hardly to say that these policies have been adopted for the reasons that I have discussed. For example, it seems that worker's compensation legislation was enacted primarily because workers were not able to obtain compensation under the tort system, not because the litigation costs of the tort system were felt to outweigh its deterrence benefits.
25. See also extensions and further developments in Kaplow 1986b, Menell 1983, Rose-Ackerman and Geistfeld 1987, and Shavell 1997, 1999; and see Ordover 1978 for related analysis.
26. The underlying assumption that there is either a settlement or a trial is to a degree an abstraction, because there can be both: A trial can proceed and before it ends, the parties can settle. Taking this possibility into account would not alter the qualitative nature of the conclusions to be reached, because it would remain true that settlement saves litigation costs and occurs before the full judicial conclusion is reached.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION928 928 4/10/2007 14:41:48

3.1. Simple model

Let us suppose for simplicity that the plaintiff and the defendant each has somehow formed beliefs – which may differ – about the trial outcome. Then we can discuss settlement possibilities in terms of two quantities. Consider first the minimum amount that the plaintiff would accept in settlement. Assuming that the plaintiff is risk-neutral, this minimum acceptable amount equals his expected gain from trial less the cost of going to trial. For instance, if the plaintiff believes he will prevail with probability 70 percent, would obtain $100,000 upon prevailing, and the trial would involve expenses to him of $20,000, the minimum amount he would accept in settlement is 70% • •$100,000 – $20,000 = $70,000 – $20,000 = $50,000; if he were offered anything less than this amount, he would be better off going to trial. The other quantity is the maximum amount that the defendant would be willing to pay in settlement; this is his expected loss from trial plus his expense of going to trial. If the defendant believes the odds of the plaintiff's winning are, say, only 50 percent, and the defendant's trial costs would be $25,000, then he would pay at most 50% • •$100,000 + $25,000 = $50,000 + $25,000 = $75,000 in settlement.

It is evident that *if the plaintiff's minimum acceptable amount is less than the defendant's maximum acceptable amount, a mutually beneficial settlement is possible* – a settlement equal to any amount in between these two figures would be preferable to a trial for each party. Thus, if the plaintiff's minimum is $50,000 and defendant's maximum is $75,000, any amount in between, such as $60,000, would be preferred by each to going to trial. But if the plaintiff's minimum exceeds the most that the defendant will pay, settlement cannot occur. If, for instance, the defendant thought the plaintiff's chances of winning were only 20 percent, the defendant's maximum amount would be $20,000 + $25,000 = $45,000, so the most he would pay is less than the minimum $50,000 that the plaintiff would be willing to accept, and settlement could not occur.

Can more be said about when a mutually beneficial settlement will exist? That is, under what conditions will the plaintiff's minimum acceptable demand be less than the defendant's maximum acceptable payment? It is clear that if the plaintiff and the defendant have the same beliefs about the trial outcome, then there should always exist mutually beneficial settlements, because they can each escape trial costs by settling. Suppose that they both believe that $50,000 is the expected judgment the defendant will have to pay if there is a trial. Then the trial costs that the plaintiff would bear would lead to his willingness to accept a lower figure than $50,000; if his trial costs would be $10,000, he would accept $40,000, and so forth. Conversely, any trial costs that the defendant would

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION929 929 4/10/2007 14:41:49

have to bear would increase above $50,000 what he would be willing to pay; if his trial costs would be $10,000, he would be willing to pay $60,000. Thus, the settlement range would be from $40,000 to $60,000. For settlement possibilities to be eliminated, the plaintiff's minimum amount must rise far enough from $40,000 and/or the defendant's fall far enough from $60,000 such that the plaintiff's minimum turns out to exceed the defendant's maximum. That can occur only if they have different beliefs about the trial outcome. This line of thought suggests the following conclusion: A mutually beneficial settlement amount exists as long as the plaintiff's and defendant's estimates of the expected judgment do not diverge too much. Indeed, it can be shown that *a mutually beneficial settlement exists as long as the plaintiff's estimate of the expected judgment does not exceed the defendant's estimate by more than the sum of their costs of trial*.[27] Let us illustrate.

Example 3. Consider the situation that we have mentioned above in which the plaintiff's expected gain from suit is 70% • •$100,000 = $70,000, his costs of trial are $20,000, the defendant's expected loss is 50% • •$100,000 = $50,000, and his costs of trial are $25,000. Here, we observed that mutually beneficial settlements exist, for the plaintiff would accept as little as $50,000 and the defendant would pay as much as $75,000. Notice that it is also true that the difference between the plaintiff's estimate of the expected judgment and defendant's is $70,000 – $50,000 = $20,000, and that that is less than the sum of their costs of trial, $20,000 + $25,000 = $45,000. This is consistent with the italicized statement above. Moreover, we observed that if the defendant's estimate of the expected judgment is $20,000, he would pay only $45,000, so that no settlement exists. In this case, notice that the difference in the plaintiff's and the defendant's estimates is $70,000 – $20,000 = $50,000, which exceeds the $45,000 sum of litigation costs, so the nonexistence of a settlement amount is again consistent with the italicized statement above.//

3.2. Interpretation of the model

A number of comments may be made to help us interpret and understand the foregoing model.

---

27. To be explicit, let p_P be the plaintiff's estimate of the probability of winning w at trial and p_D be the defendant's probability estimate that the plaintiff will prevail; and let c_P and c_D be their respective trial costs. Then the plaintiff's minimum settlement amount is $p_P w - c_P$, and the defendant's maximum settlement amount is $p_D w + c_D$. Hence, a settlement is possible if and only if $p_P w - c_P \bullet \bullet p_D w + c_D$, which is to say, if and only if, $p_P w - p_D w \bullet \bullet c_P + c_D$.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION930 930 4/10/2007 14:41:49

(a) *Does the existence of a mutually beneficial settlement amount imply that settlement will occur?* Although we know that there cannot be a settlement when a mutually beneficial settlement amount does *not* exist, what can be said about the outcome when a mutually beneficial settlement amount does exist? The answer is that there may or may not be a settlement, depending on the nature of bargaining between the parties and the information they have about each other. That will be discussed below, in sections 3.3 and 3.4.

(b) Parties' beliefs. The effect of parties' beliefs on the existence of mutually beneficial settlement amounts, and thus on the tendency toward settlement, can be easily understood from the italicized conditions stated in the preceding section. Specifically, the greater the amount by which the plaintiff's estimate of the likelihood of winning exceeds the defendant's, the smaller the tendency toward settlement, as it is the excess of the plaintiff's expected judgment over the defendant's expected payment that leads to trial, according to the italicized condition. It is important to emphasize that what leads to trial is not that a plaintiff is confident of winning, but rather that he is *more* confident than the defendant thinks he has a right to be. A plaintiff's belief that he is very likely to win does not itself suggest that trial will occur, as might naively be thought. If the plaintiff is likely to win, it is true that he will ask for more in settlement from the defendant than otherwise, but it is also true that if the defendant agrees that the plaintiff is likely to win, the defendant will be willing to pay more in settlement. What makes for trial is a refusal of the defendant to pay what the plaintiff demands, and this will be the case when the defendant does not believe the plaintiff's demand is warranted, which is to say, when the defendant holds different beliefs about the expected trial outcome.

Of course, if the plaintiff assesses his chances of winning as lower than the defendant assesses the plaintiff's chances, there will definitely be a range of mutually beneficial settlements. If, for example, the plaintiff thinks his chances of winning are 30 percent and the defendant thinks the plaintiff's chances are 50 percent, then, given the figures mentioned above, the plaintiff would accept any amount over $50,000, and the defendant would pay any amount up to $80,000. (Note also that in such cases, the italicized condition automatically holds, as the difference in the plaintiff's expected gain and defendant's expected loss is negative and therefore definitely is less than the sum of trial costs.)

What would we expect the parties' beliefs about the likelihood of trial outcomes to be? The parties may, and often will, be in possession of different information about a case when it begins. For instance, the defendant may know more about whether he would be found liable than the plaintiff knows. Also, the two

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION931 931 4/10/2007 14:41:49

sides may initially have in mind different legal arguments that they can make. However, the parties may elect to share information or may be forced to do so (through the discovery process, on which see section 2 of chapter 18), and parties often can independently acquire information that the other side possesses (for instance, the plaintiff could interview witnesses to an accident and learn more about the defendant's behavior). To the degree that the parties do come to similar beliefs, settlement becomes more likely.

We would not expect, though, that beliefs will always tend to converge. For example, the parties might not want to share certain legal arguments with each other, believing that if a trial comes about, they would lose the advantage of surprise in making the arguments; yet in light of these arguments, each party might believe it is more likely to win than the other. Another factor standing in the way of convergence of beliefs is the element of natural optimism about one's chances.[28] Additionally, a divergence of interests between the lawyer and the client (see section 7 of chapter 18) may lead the lawyer to tell the client less than the whole truth.

But, by and large, especially because parties have legal counsel who are likely to be familiar with the same body of law and because of opportunities for acquisition of information about facts material to disputes, we would expect beliefs about trial outcomes to be relatively close by the time of a trial, leading toward settlement.

(c) *Judgment amount.* If the size of the judgment rises, then the likelihood of trial rises, other things being constant. This is because the effect of a divergence in the assessments of the likelihood of winning is magnified if the judgment that would be awarded becomes larger. If there is, for instance, a 10 percent difference in beliefs and the judgment award would be $10,000, the difference in expected judgments would be only $1,000, perhaps not enough to exceed the sum of legal costs of trial and thus not enough to cause trial. But if the judgment would be $1,000,000, the 10 percent difference in trial outcomes would signify a $100,000 difference in expected awards, and thus be more likely to exceed the sum of trial costs, leading to trial.[29]

Another point about the judgment amount is that, although we have assumed for simplicity that the parties agree on what the judgment amount would be, that

28. Loewenstein et al. 1993 and Mnookin 1993 suggest that overoptimism is plausible.
29. The condition for trial was seen to be that $p_P w - p_D w > c_P + c_D$. This is equivalent to $(p_P - p_D)w > c_P + c_D$, from which it is apparent that if w rises, trial is more likely.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION932 932 4/10/2007 14:41:49

might not be so. Differences in the parties' beliefs about the amount that would be won affect their expected judgments and thus the existence of mutually beneficial settlements, according to the italicized condition. If the plaintiff thinks he would win a larger amount than the defendant thinks, then again this would lead toward trial. Suppose, for instance, that although the plaintiff and the defendant agree that the plaintiff has a 60 percent chance of winning at trial, the plaintiff thinks the amount he would win would be $200,000 and the defendant thinks the amount would be only $100,000. Then the plaintiff's expected judgment is 60% • •$200,000 = $120,000 and the defendant's expected payment is 60% • •$100,000 = $60,000, a difference of $60,000. Thus, the italicized condition indicates that unless the sum of their legal costs exceeds $60,000, there exists no mutually beneficial settlement. This can be directly illustrated; if the plaintiff's trial costs are $30,000 and the defendant's are $20,000, the sum would be less than $60,000, and the minimum acceptable settlement of the plaintiff would be $90,000 and the maximum the defendant would pay would be $80,000, thus leaving no room for settlement.[30]

(d) *Legal expenses.* The larger are the legal expenses of either party, the greater are the chances of settlement, clearly, since the sum of legal costs will rise, and thus the greater will be the likelihood that the sum of legal costs will exceed any excess of the plaintiff' s expectation over the defendant' s expectation. One would expect legal expenses to rise with the size of the potential judgment. This factor tends to increase the chances of settlement for large stakes cases, and thus works opposite to the tendency just discussed in (c) toward litigation.

(e) *Risk aversion*. When we introduce risk aversion into the basic model, we see that it leads to a greater likelihood of settlement. The reason is simply that a trial is a risky venture because its outcome is unknown. This means that to a risk-averse party, settlement is more attractive than it is to a risk-neutral party. Further, as the degree of risk aversion of either party increases, or as the amount at stake increases – the size of the judgment or the size of legal fees – settlement becomes more likely, other things being equal.

3.3. Models with explicit bargaining and locus of information

The model that we have discussed is simple in two important respects, among others. First, the bargaining process is not explicit; the range of possible settlements is determined, but whether a bargain in the range will be reached, and

30. If we let w_P and w_D denote the amount that plaintiff and defendant respectively believe that they would win at trial, then the condition for trial becomes $p_P w_P - p_D w_D > c_P + c_D$, from which the statements in text follow.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION933 933 4/10/2007 14:41:49

where so, is not predicted within the model. Second, the origin of differences in beliefs is not explained by the model; it was assumed that the parties somehow come to their beliefs. More sophisticated models of settlement versus trial attempt to remedy these gaps and thus to provide additional insight into the settlement process (but, as will be remarked, they achieve less success than might at first appear).

The most basic version of such models is that in which bargaining consists of a single offer, and the party who makes the offer lacks knowledge about the opposing side. For concreteness, assume that the plaintiff makes a single offer to the defendant, but the plaintiff does not know the probability of defendant liability, whereas the defendant does know this (because, say, he has information about his own level of care). In this situation, we can determine the rational settlement offer for the plaintiff to make, and then whether or not it will be accepted. Consider the following illustration.

Example 4. If the plaintiff prevails, he will obtain a judgment of $100,000. The cost of trial for the plaintiff would be $10,000. There are three types of defendants, whom the plaintiff cannot tell apart: a minority group of 10 percent, who would lose for sure; a large group of 60 percent, who would lose with probability 50 percent; and a remaining 30 percent group, who would lose only with probability 20 percent. Thus, the expected gain from trial for a plaintiff depends on which type of defendant the plaintiff in fact faces: If success against a defendant is certain, the plaintiff's gross gain from trial would be $100,000; if the likelihood of success is 50 percent, the expected gain would be $50,000; and if the likelihood of success is 20 percent, the expected gain would be $20,000. If the legal costs for a defendant would be $10,000, the plaintiff could demand and obtain as much as $110,000 from the first kind of defendant, $60,000 from the second type, and $30,000 from the third. If the plaintiff demands only $30,000, this will be accepted by all types of defendants, so the plaintiff would obtain $30,000. If the plaintiff demands $60,000, this will be accepted by the first two types of defendants but rejected by the third, so that the plaintiff's expected gain would be 70% • •$60,000 + 30% • •($20,000 – $10,000) = $45,000. If the plaintiff demands $110,000, this will be accepted only by the first type of defendant, so the plaintiff's expected gain would be 10% • •$110,000 + 60% • •($50,000 – $10,000) + 30% • •($20,000 – $10,000) = $38,000. Hence, the plaintiff will demand $60,000 in settlement. A consequence of $60,000 being the rational demand for the plaintiff to make is that in the 30 percent of cases where the defendant would lose only with a 20 percent chance, the defendant will spurn the offer and there will be a trial.//

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION934 934 4/10/2007 14:41:50

Note that in this example, and in general, the rational settlement demand for the plaintiff to make may be be such that there will be a chance of trial. In essence, the rational demand for the plaintiff to make may not be so low as to produce a yes answer from any and all possible types of defendants; to ask for so little is usually not in the expected interest of the plaintiff.[31] This feature of the outcome, that trial may result, may be considered to be due to asymmetry of information. For if the plaintiff knew the type of defendant he faced, he would ask for a different amount for each type, namely, the maximum amount that that type of defendant would be willing to pay rather than go to trial. It is therefore the asymmetry of information that leads the rational plaintiff to ask for more than some defendants are willing to pay, and thus to the possibility of trial.

3.4. Comments on and interpretation of the foregoing models

(a) *Variation of assumptions about the bargaining process.* If the bargaining process is different from that in the model just discussed, complications may arise, but the fundamental conclusion that trial may result, and that it is due to asymmetry of information is not altered. Important changes in assumptions that have been studied involve the making of offers by parties who possess private information (in the model just discussed, the party who did not possess private information made the offer), sequences of offers and counteroffers, and possession of private information by both the defendant and the plaintiff. In these more complex models, the main conclusion about trial does not change because, as in the model sketched in the previous section, a rational bargainer chooses his offer or demand to obtain the highest expected payoff, meaning that he may have the bad luck to be facing an opponent who will reject his offer. However, a new element that arises in the more complicated models is that parties may learn something about their opponents' information from their bargaining behavior.

---

31. The model under discussion and illustrated in the example is developed in Bebchuk 1984. Its formal nature is roughly as follows. The plaintiff makes a single settlement demand x, knowing only the probability distribution over the probability p that he will prevail over a particular defendant, who does know his p.Thus, if $pw + c_D < x$, the defendant will reject the demand and the plaintiff will therefore obtain only $pw - c_P$; but if $p_w + c_D \bullet \bullet x$, the defendant will accept the demand and pay x. Let $z(x) = (x - c_D)/w$, the p at which defendants will just accept the offer x rather than go to trial. Therefore, the plaintiff's expected payoff as a function of x is

$$\int_{a}^{z(x)} (\bullet \bullet pw - cP) f(p)dp + (1 - F(z(x))x,$$

where a is some minimum probability of plaintiff victory (it is assumed that $aw - cP > 0$, so the plaintiff will always want to go to trial), f is the density of p, and F is the cumulative distribution of p. The plaintiff chooses x to maximize this expression.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION935 935 4/10/2007 14:41:50

(b) *Nature of private information.* Any kind of information that one side does not observe that could affect the other side's willingness to pay has the same general significance as private information about the trial outcome, and in particular, can lead to trial. The information might be about a party's costs of trial, his willingness to bear risk, or his need for funds. If, for instance, the plaintiff does not know what the defendant's trial costs will be and thinks they are probably high, when in fact they are low, the plaintiff may ask for too much and a trial might result.

(c) *Relationship to simple model.* The simple model of section 3.1 is roughly consistent with the explicit models of bargaining and asymmetric information now under discussion. In the simple model, trial resulted if parties' beliefs were sufficiently different, and in the explicit models of bargaining here, trial also results from differences in beliefs, where the differences are due to asymmetry of information. Moreover, the influence of trial costs and of other factors on trial outcomes is similar in both models.[32]

The main difference between the models is, as emphasized, that an explicit account of bargaining – and thus of the magnitude of settlements and their probabilities – and of the source of differences in beliefs is given in the explicit models. However, the definiteness of the account of settlement versus litigation in these explicit models is to some extent misleading. First, the models make use of essentially arbitrary assumptions about whether it is the informed or the uninformed party who makes the offer and about the number of rounds of bargaining; these assumptions substantially influence the probability of settlement and the settlement offers.[33] Second, the reasons for the differences in information between the parties are largely unexplained in the models, even though parties often have strong motives to share information (in order to reach settlement) and may be forced to do so (see sections 2 and 3 of chapter 18).

3.5. Actual amount of trial versus settlement

In fact, the vast majority of cases settle. Data on state courts show that over 96 percent of civil cases do not go to trial.[34] Similarly, recent data on federal courts demonstrate that, for fiscal year 2001, almost 98 percent of federal civil

32. See Bebchuk 1984.
33. However, Daughety and Reinganum 1993 attempt to explain what the nature of the bargaining process governing settlement negotiation will be.
34. See Ostrom, Kauder, and LaFountain 2001a, 29.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION936 936 4/10/2007 14:41:50

cases were resolved without trial.[35] These figures, however, may either overstate or understate the true rate: because cases that are not tried may have been dismissed by a court, 96 percent or 98 percent is the settlement rate plus the dismissal rate, not the settlement rate; but because many disputes are settled before any complaint is filed, 96 percent or 98 percent may understate the settlement rate. In any event, it is evident that the vast majority of cases settle.

Note on the literature.[36] The simple model used to explain settlement and trial, based on the minimum amount the plaintiff would accept and the maximum that the defendant would pay, was first put forward in Friedman (1969), Landes (1971), and Gould (1973), and further articulated in Posner (1972a) and Shavell (1982c). The explicit models of bargaining and asymmetric information were strongly influenced by Bebchuk (1984), and have been developed by, among others, Reinganum and Wilde (1986), Schweizer (1989) and Spier (1992a).[37]

4. DIVERGENCE BETWEEN THE PRIVATE AND THE SOCIALLY DESIRABLE LEVEL OF SETTLEMENT

4.1. In general[38]

The private and the social incentive to settle may diverge for a number of reasons that are related to those explaining the difference between the private and the social incentive to sue (see section 2).

First, the litigants may have a socially insufficient motive to settle because they do not take all of society's trial costs into account. In particular, the parties involved in litigation do not bear the salaries of judges and of ancillary personnel, the value of jurors' time, the implicit rent on court buildings, and the like; the parties thus save less by settling than society does. For this reason, they may proceed to trial more often than would be socially desirable.

35. See U.S. Department of Justice, 2001a, 154, Table C-4.
36. For general surveys of the literature on settlement, see Cooter and Rubinfeld 1989, Daughety 2000, and Hay and Spier 1998.
37. See also Hay 1995. See as well Farmer and Pecorino 1996 for a survey of asymmetric information models of litigation, and Kennan and Wilson 1993 for a general survey of asymmetric information models of bargaining. See Farber and White 1991, Osborne 1999, and Sieg 2000 for empirical investigations of litigation emphasizing asymmetric information, and see also Ramseyer and Nakazato 1989, and Viscusi 1986a.
38. The subject of the social desirability of settlement as opposed to trial, and of possible divergence between private and social incentives to settle, has received very little attention (as opposed to the description of the private incentives to settle, the subject of section 3). However, a mainly informal discussion of the topic is contained in Shavell 1997, and some formal analysis is undertaken in Polinsky and Rubinfeld 1988, Shavell 1999, and Spier 1997.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION937 937 4/10/2007 14:41:50

A second reason that the private incentive to settle may be socially inadequate concerns asymmetric information. As discussed in sections 3.3 and 3.4, asymmetric information leads parties to fail to settle because they may misgauge each others' situations. But that a party may incorrectly estimate the other's situation does not imply that social resources should be expended on trial.

A third factor suggesting that private incentives to settle may diverge from social incentives is that settlement affects deterrence. The parties themselves would usually not be thought to consider deterrence as an important factor in deciding between settlement and trial; for them, the event giving rise to a legal action has occurred and it might seem irrational to them to give deterrence of others any weight. (In the standard models, they would give it no weight.) Thus, if settlement were to reduce deterrence, and that were thought undesirable, we would conclude that there is a reason for parties to settle too much. But does settlement reduce deterrence? One would suppose that settlement exerts a diluting effect on deterrence because defendants want settlement. Yet the prospect of settlement is also an advantage to potential plaintiffs (because it means that they do not bear litigation costs or risk) and may, at least in principle, result in suits that would not otherwise occur; thus it seems possible that settlement might increase deterrence. A further complication is that even if we know in what direction settlement will affect deterrence, that does not tell us if the effect is socially desirable, for, as explained in section 1, the private incentive to bring suit could be socially excessive or socially inadequate. Still another complication is that the information brought out at trial may improve incentives as well as affect the expected judgment, and in different ways.[39] In the end, therefore, we can say that the effect of settlement on deterrence may result in a divergence between the private and the social motive to settle, but for a variety of reasons we cannot generalize about the nature of the divergence.

Thus, the conclusion to this point is that there are two underlying factors suggesting that parties have an inadequate incentive to settle – they do not consider the full social costs of trial, and they may misgauge each other's situation – and an underlying factor of unclear consequence – that settlement affects deterrence.

4.2. The divergence between private and social incentives to settle continued

Let me review several other factors bearing on the comparison between private and socially desirable settlement incentives that go somewhat outside the type of model that we have been implicitly considering in our discussion.

39. I discuss aspects of this point in section 5.3 below.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION938 938 4/10/2007 14:41:50

One issue not so far mentioned is settlement as a means of securing privacy. When parties settle, various facts that would have emerged at trial do not come to the notice of the public. The privacy and secrecy that is achieved by settlement in these cases often constitutes an advantage to the settling parties and helps to explain why they settle. For example, a defendant firm whose product was defective may not want this information to come to light and may be willing to pay an extra amount for that reason in order to achieve settlement (the victim may not much care whether the information is revealed). A victim might be embarrassed by the facts of a dispute (suppose the suit is for sexual harrassment) or not want to acquire a reputation as a troublemaker, and so wish to settle for that reason. In some cases, the parties' desire for privacy may be socially beneficial, but many times it seems that society would benefit from the information that would be revealed through trial. This would be the situation with regard to the firm that wants to keep its product defect secret; if the public learns about the defect, perhaps people can take precautions to reduce harm, and further, the firm will suffer adverse consequences, leading to improved deterrence. In circumstances like this, then, the private motive to settle may be excessive.

Another issue is that valuable interpretations of the law may be made and new precedents established through trial. However, many trials do not make new law: Trials are often the result of disagreements about facts, not about law, and where trial is the product of disagreement about law, published opinions that create new law are not automatic. Furthermore, a natural conjecture is that the number of cases the courts need to hear in order to modify the law is trivial in relation to the total volume of cases that do go to trial.[40] Therefore, it would seem that in the great majority of cases, the issue of the elaboration of the law will not be of real importance to the social versus the private incentive to go to trial.

A similar issue is that social norms may be validated through trial in the sense that they may be publicly invoked to justify legal outcomes. Thus, the importance of the norms may be reinforced by the trial process. Because this factor is not one that individuals would tend to count as a private benefit of trial, it suggests a tendency toward insufficient trial. However, in assessing the relevance of the factor, one must consider not only the limited value of trials (as opposed to parents, schools, religious institutions) in teaching morality, but also that, as

40. Moreover, there are arguments for not viewing trial as necessary for the development of the law: Courts could issue advisory opinions interpreting the law in the absence of particular disputes; in principle, there is no reason why courts require the occasion of a legal dispute in order to interpret the law.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION939 939 4/10/2007 14:41:51

with the development of law, the number of trials necessary to meet this goal is probably not large.[41]

Finally, it is often said that trial is socially desirable because it helps to keep peace in society and promotes solidarity by allowing individuals to air grievances and express their views about issues in dispute. However, this social benefit of trial appears often to be in alignment with the private benefit (when the social peace would be compromised if a person did not air his grievance, he would want to do so). Nevertheless, the social benefit under discussion is not coincident with the private benefit (social peace benefits more than just the aggrieved party), and suggests that the social incentive to have a trial may sometimes exceed the private incentive.

4.3. Legal policy bearing on settlement versus trial

The legal policies that we observe bearing on settlement versus trial predominantly foster the former. This is accomplished by allowing parties to engage in discovery, sometimes requiring them to participate in non-binding arbitration prior to trial, holding settlement conferences, and so forth. These devices work principally by increasing the information that parties have about each other and thus tend to reduce the possibility of bargaining impasses. In addition, the law promotes settlement negotiations by prohibiting settlement offers from being introduced as evidence at trial, and by the basic policy of making settlement agreements binding on the parties (otherwise the meaningfulness and value of settlements would be compromised). Further, courts often use their powers of suasion to encourage settlement.

The justification that one usually sees offered for the general promotion of settlement is that it clears dockets and saves public and private expense. This justification comports with economic analysis in the obvious sense that the parties do not consider the court's time and other public costs associated with trial as a saving from settlement. The policy of fostering settlement is also justified by a factor that is not usually mentioned by commentators, that parties may want go to trial for reasons that often are not socially relevant, notably, because of disagreement about the likely trial outcome. The possibility that trial ought to be held despite the parties' wishes to settle receives relatively little attention. One wonders, for example, about the wisdom of promoting settlement, let alone allowing it, in situations in which deterrence is likely to be compromised by the fact that in

41. It seems that the potential for teaching morality lessons from trials can be well achieved through adjudication of a small, select group of cases.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION940 940 4/10/2007 14:41:51

a settlement the identity of defendants, the fact of harm, and/or important aspects of the defendants' conduct do not become public knowledge.

4.4. Comment: A chief social purpose of the institution of trial is paradoxical – to foster settlement

Finally, let me add a number of comments about the social purposes of maintaining our system of trial adjudication that deserve empahsis although they are restatements of what has been discussed above. First, the socially desirable fraction of trials relative to settlements is probably small, given the high costs of trials and the often limited and unclear benefits of trials over settlements. That the actual fraction of settlements is about 98 percent is consistent with this point. At the same time, there would be no settlements, and the great social benefits derived from them (notably, deterrence of unwanted behavior and compensation of victims), would not be achieved in the absence of the ability of parties to go to trial (as was discussed at length in section 3). Hence, it may be said that *an important justification for society's having established the legal apparatus for the holding of trials is, paradoxically, not actually to have trials occur. Rather, it is to provide victims with the threatnecessary to induce settlements.*

5. TRIAL AND LITIGATION EXPENDITURE

5.1. Private incentives to spend on litigation

For a variety of reasons, expenditures will tend to increase a litigant's chances of prevailing at trial or will influence beneficially the magnitude or character of the judgment. A party will generally make a litigation expenditure as long as it costs less than the expected benefit it yields. To assess the expected benefit due to a particular legal step, a party will often have to consider not only the court's reaction to it, but also the reaction of the other litigant to it.[42]

5.2. Actual litigation expenditures

Amounts spent on litigation are substantial, as indicated by the statistic that about 1.25 per cent of our gross domestic product is spent on legal services.[43] It should be noted that much of these expenditures are made before trial, in anticipation of possible trial (it is for expositional convenience that I often speak of them as trial expenditures).

42. For analysis of expenditures of the two sides during litigation, see Braeutigam, Owen, and Panzar 1984, Katz 1988, and Posner 1972a; these writings are mainly descriptive in character.
43. See Statistical Abstract of the United States 2001, 418.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION941 941 4/10/2007 14:41:51

5.3. Social versus private incentives to spend on litigation

There are several sources of divergence between social and private incentives to spend during litigation. First, litigants may well be spending in ways that fully offset each other, and thus that have no social value. A classic instance is when both parties devote effort to legal arguments of roughly equivalent weight but supporting opposite claims**,** or when both hire experts who produce equally convincing reports favoring opposite assertions.

Second, expenditures that are not offsetting may mislead the court rather than enhance the accuracy of outcomes. For example, a guilty defendant may be able to escape liability for harm for which he was responsible, and this possibility dilutes deterrence. Legal expenditures resulting in such outcomes have a negative social value even though they have positive private value.

Third, expenditures that are not offsetting and that do not mislead courts may not be socially optimal in magnitude. By analogy to what was stressed in section 1 about the bringing of suits, the parties decide on their level of expenditures based on how the expenditures will influence the litigation outcome, without regard to the effect (if any) on incentives to reduce harm. This could lead to expenditures that are too great or that are too small, relative to what is socially correct. Consider a victim's decision to hire an expert to produce a report on his behalf. The victim will not consider the cost that his expert's report imposes on the injurer: The injurer may need to hire an expert of his own to limit the impact of the victim's expert. Nor will the victim consider the cost due to the increased time the court will devote to listening to his expert and the injurer's expert should there be a trial. The victim will also fail to consider the effect of his expert's report on deterrence. Victims' ignoring the costs they impose on others may lead them to spend socially excessively on experts, while their not considering the deterrence produced by their experts' reports could result in their not spending enough on experts. Similar observations apply to virtually any type of legal expenditure, whether made by victims or by injurers. Thus, although non-offsetting expenditures do by definition help the parties who make them, we cannot say in theory whether or not they are socially excessive or inadequate; which is so depends on the particulars.

An important instance of the possibility that expenditures could be socially excessive concerns the assessment of damages.[44] Suppose that the presently estimated harm deviates from the truth by $100. Then one of the litigants will be

44. This point is developed in Kaplow and Shavell 1996a.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION942 942 4/10/2007 14:41:51

willing to spend up to $100 to prove the correct amount (the defendant will do so if the estimate exceeds the correct level, and the plaintiff will do so if the estimate is too low). It can be shown that the social value of the more accurate estimate tends, however, to be lower than $100, because the social value of accuracy is based on its effects on incentives. Indeed, there will sometimes be no beneficial incentive effect from more accurate assessment of harm, such as when errors are unbiased and not predictable ex ante by potential injurers. Consider, for example, the precise extent of harm the victim suffered in an automobile accident. Much may be spent establishing the magnitude of harm by presenting evidence on medical bills, the time lost from work, and the victim's wages. But these expenditures will not improve the incentives of drivers to prevent accidents presuming that they do not know ahead of time the magnitude of harm that will result in the event that they cause an accident (that is, if all that they know is the probability distribution of possible harms, depending on who is in the car they strike, the nature of the impact, and so forth). If this is the case, injurers' incentives to prevent accidents will be essentially identical to what they are now if instead there is no real inquiry into the scale of harm, and damages are simply set equal to the average harm that victims sustain in that kind of automobile accident.[45]

5.4. Legal policy bearing on litigation expenditure

There are several means of influencing litigation expenditures that exist, given the basic form of legal rules and legal procedure. Expenditures can be encouraged through subsidy and discouraged through monetary disincentives such as fees or taxes, and they can also be regulated through constraints on the time parties are given to prepare for trial, restrictions on discovery, limits on the length of permitted submissions and the number of testifying experts, and so forth. In fact, controls on expenditures seem to be made largely through such forms of regulation of the pretrial and trial process rather than through financial inducements.

In addition, litigation expenditures could be controlled through changes in substantive legal rules. A notable example of such a change is one under which

45. For example, suppose that all that injurers know when deciding on a precaution is that if an accident occurs, it will result in harm of $1,000, $2,000, or $3,000, each with equal probability – injurers thus do not know the particular magnitude of the harm that would occur. If damages are set equal to actual harm (after a perhaps costly legal determination), injurers obviously will not know ex ante what their liability will be if an accident occurs; they will know only that their expected liability given an accident will be $2,000 (that is, (1/3) • •$1,000 + (1/3) • •$2,000 + (1/3) • •$3,000). If instead damages are simply set equal to the average harm of $2,000, injurers' expected liability given an accident will be the same. Therefore, injurers will behave identically.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION943 943 4/10/2007 14:41:51

damages would be based on a table rather than on an elaborate presentation of evidence. As was suggested above, it may well be that incentives toward desirable behavior would not be much affected were damages based on tables of expected values rather than on invidual assesssment of harm, so that this rule change could substantially reduce the private expenditures on litigation with little change in deterrence.

Finally, litigation expenditures can be modified through revision of legal procedure. A possibility that would be desirable in some circumstances is for certain types of evidence to be produced not by the parties but by court-appointed experts. Especially where private knowledge of the parties is not needed in order to develop evidence, court direction of the acquisition of information might be more beneficial than the parties', which might both mislead courts and result in duplication of efforts.

BIBLIOGRAPHY

Bebchuk, Lucian A. 1984. Litigation and Settlement under Imperfect Information. Rand Journal of Economics 15:404-15.

Braeutigam, Ronald, Bruce Owen, and John Panzar. 1984. An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems. Law and Contemporary Problems 47:173-85.

Carroll, Stephen J., James S. Kakalik, Nicholas M. Pace, and John L. Adams. 1991. No-fault Approaches to Compensating People Injured in Automobile Accidents. Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice.

Cooter, Robert D., and Daniel L. Rubinfeld. 1989. Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. Journal of Economic Literature 27:1067-97.

Daughety, Andrew F. 2000. Settlement. In Encyclopedia of Law and Economics, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 5:95-158. Cheltenham: Edward Elgar.

Daughety, Andrew F., and Jennifer F. Reinganum. 1993. Endogenous Sequencing in Models of

Settlement and Litigation. Journal of Law, Economics, and Organization 9:314-48.

Dewees, Don, David Duff, and Michael Trebilcock. 1996. Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously. New York: Oxford University Press.

Farber, Henry S., and Michelle J. White. 1991. Medical Malpractice: An Empirical Examination of the Litigation Process. Rand Journal of Economics 22:199-217.

Farmer, Amy, and Paul Pecorino. 1996. Issues of Informational Asymmetry in Legal Bargaining. In Dispute Resolution: Bridging the Settlement Gap, edited by David A. Anderson, 79-105. Greenwich, Conn.: JAI Press.

Hay, Bruce L. 1995. Effort, Information, Settlement, Trial. Journal of Legal Studies 24:29-62.

Hay, Bruce L., and Kathryn E. Spier. 1998. Settlement of Litigation. In The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, edited by Peter Newman, 3:442-51. London: Macmillan.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION944 944 4/10/2007 14:41:52

Hensler, Deborah R., Mary E. Vaiana, James S. Kakalik, and Mark A. Peterson. 1987. Trends in Tort Litigation. R-3583-ICJ. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice.

Joost, Robert H. 1992. Automobile Insurance and No-fault Law. Second edition. Deerfield, Ill.: Clark Boardman Callaghan.

Kakalik, James S., and Nicholas M. Pace. 1986. Costs and Compensation Paid in Tort Litigation. Report R-3391-ICJ. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice.

Kaplow, Louis. 1986b. Private versus Social Costs in Bringing Suit. Journal of Legal Studies 15:371-85.

Kaplow, Louis, and Steven Shavell. 1996a. Accuracy in the Assessment of Damages. Journal of Law and Economics 39:191- 210.

Katz, Avery. 1988. Judicial Decisionmaking and Litigation Expenditure. International Review of Law and Economics 8:127-43.

Kennan, John, and Robert Wilson. 1993. Bargaining with Private Information. Journal of Economic Literature 31:45-104.

Lee, Rex E. 1985. The American Courts as Public Goods: Who Should Pay the Costs of Litigation? Catholic University Law Review 34:267-76.

Loewenstein, George, Samuel Issacharoff, Colin Camerer, and Linda Babcock. 1993. Self- Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining. Journal of Legal Studies 22:135-59.

Menell, Peter S. 1983. A Note on the Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System. Journal of Legal Studies 12:41-52.

Mnookin, Robert H. 1993. Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict. Ohio State Journal on Dispute Resolution 8:235-49.

Ordover, Janusz A. 1978. Costly Litigation in the Model of Single Activity Accidents. Journal of Legal Studies 7:243-61.

Osborne, Evan. 1999. Who Should Be Worried about Asymmetric Information in Litigation? International Review of Law and Economics 19:399-409.

Ostrom, Brian J., Neil B. Kauder, and Robert C. LaFountain. 2001a. Examining the Work of State Courts, 1999-2000. Williamsburg, Va: National Center for State Courts.

-----2001b. Examining the Work of State Courts, 2001. Williamsburg, Va: National Center for State Courts.

Palmer, Geoffrey. 1994. New Zealand=s Accident Compensation Scheme: Twenty Years On. University of Toronto Law Journal 44:223-73.

Polinsky, A. Mitchell, and Daniel L. Rubinfeld. 1988. The Deterrent Effects of Settlements and Trials. International Review of Law and Economics 8:109-16.

Posner, Richard A. 1972a. Economic Analysis of Law. Boston: Little, Brown.

----- 1985b. The Federal Courts: Crisis and Reform. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Priest, George L. 1988. Products Liability Law and the Accident Rate. In Liability: Perspectives and Policy, edited by Robert Litan and Clifford Winston, 184-222. Washington, D.C.: Brookings Institution.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION945 945 4/10/2007 14:41:52

Ramseyer, J. Mark, and Minoru Nakato. 1989. The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan. Journal of Legal Studies 18:263-90.

Rose-Ackerman, Susan, and Mark Geistfeld. 1987. The Divergence Between Social and Private Incentives to Sue: A Comment on Shavell, Menell, and Kaplow. Journal of Legal Studies 16:483-91.

Rowe, Thomas D., Jr. 1982. The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview. Duke Law Journal 1982:651-80.

Shavell, Steven. 1997. The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. Journal of Legal Studies 26:575-612.

----- 1999. The Level of Litigation: Private versus Social Optimality of Suit and of Settlement. International Review of Law and Economics 19:99-115.

Sieg, Holger 2000. Estimating a Bargaining Model with Asymmetric Information: Evidence from Medical Malpractice Disputes. Journal of Political Economy 108:1006-21.

Sloan, Frank A. 1998. Automobile Accidents, Insurance, and Tort Liability. In The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, edited by Peter Newman, 1:140-44. London: Macmillan.

Spier, Kathryn E. 1997. A Note on the Divergence between the Private and the Social Motive to Settle under a Negligence Rule. Journal of Legal Studies 26:613-21.

Statistical Abstract of the United States 2001. 2001. Economics and Statistics Administration, U.S. Census Bureau. Washington, D.C.: U.S. Department of Commerce.

Tillinghast-Towers Perrin. 2002. U.S. Tort Costs 2000: Trends and Findings on the Costs of the U.S. Tort System. February 2002. Chicago: Tillinghast-Towers Perrin.

U. S. Department of Justice. 2001a. Judicial Business of the United States Courts, 2001 Report of the Director. Administrative Office of the United States Courts, Statistics Division. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice.

Viscusi, W. Kip. 1986a. The Determinants of the Disposition of Product Liability Claims and Compensation for Bodily Injury. Journal of Legal Studies 15:321-46.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION946 946 4/10/2007 14:41:52

CAPÍTULO XXXVIII

A DESVINCULAÇÃO DA IDÉIA DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E LIBERDADE DO JUIZ

Teresa Arruda Alvim Wambier*

Não têm estas anotações senão o objetivo de compartilhar com os leitores algumas reflexões minhas a respeito da discricionariedade judicial e administrativa.

Este tema tem ocupado um bom espaço nas minhas preocupações há mais de duas décadas. Por isso, evidentemente, foram muitos os autores lidos, tanto na doutrina nacional, quanto na estrangeira. Poucos, no entanto, serão citados aqui, sem que se possa dizer que muitos outros não tiveram igual importância como origem das minhas reflexões e das minhas dúvidas. O objetivo foi o de escrever um texto enxuto, sucinto e limpo, que contivesse basicamente o resultado das minhas reflexões, e que significasse um convite para uma troca de idéias com outros que se preocupam com este tema.

Duas foram as razões que me instigaram a estudar o assunto:

a) a primeira consiste no seguinte: será que é possível conciliar a discricionariedade judicial com o **principio da legalidade**? Ou seja, **se o juiz deve decidir de acordo com a lei**, que **liberdade** é esta com que poderia contar para decidir? Liberdade para que? Em que consiste esta liberdade?

b) A segunda, evidentemente, liga-se à primeira: a decisão judicial discricionária está **fora do controle das partes**? Trata-se de decisões irrecorríveis? Se assim fosse, a discricionariedade seria DO JUIZ que a proferiu (ou do JUIZO, no máximo. Mas não DO PODER JUDICIÁRIO!) Seria isto razoável?

No que diz respeito à discricionariedade da Administração Pública, minhas inquietações são mais recentes. Tenho refletido bastante sobre qual seria afinal o *discrímen* entre situações em que o agente público age no exercício de poder discricionário e, portanto, seu agir não pode ser controlado pelo Poder Judiciário, e situações que podem ser controladas pelo juiz. O que, exatamente, as diferencia afinal?

(*) Professora Livre-docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION947 947 4/10/2007 14:41:52

Durante estes anos todos, cheguei a algumas conclusões. A mais relevante delas foi, sem dúvida, a de que a discricionariedade administrativa nada tem que ver com os fenômenos a que parte da doutrina se refere como atos discricionários do juiz. Em meu entender trata-se de liberdades de naturezas diferentes. Explicarei as razões em virtude das quais penso desse modo.

Outra das conclusões a que cheguei foi a de que, se a discricionariedade liga-se à **ausência de controle**, no sentido de que o ato discricionário não poderia, se praticado dentro de certa margem de liberdade que lhe seria conferida pela norma ao agente público, ser controlado, ou seja, ter sua validade reavaliada, esta noção (a de discricionariedade) careceria, no âmbito das decisões do juiz, de sentido funcional.

Com isso, pretendo dizer que a razão de ser da idéia da discricionariedade, que é a de tornar o agente público, em certas circunstâncias, imune – *a priori* – ao controle, não existe no plano da atividade do juiz. Por, pelo menos, duas razões:

1) a discricionariedade garante a ausência de controle dos atos do agente público POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO. Que outro órgão controla as decisões do juiz, senão outros juizes (Desembargadores, Ministros, membros do mesmo Poder)?

2) Identificar a ausência de controle com a impossibilidade de que se recorra da decisão não faz sentido no nosso sistema, já que o *discrímen* para o cabimento de recurso não é o de que a decisão do juízo inferior seja discricionária ou vinculada. Ademais, se discricionariedade houver, esta será do Judiciário e não de um juiz ou de um juízo.

A última das conclusões a que cheguei recentemente foi a seguinte: no que diz respeito à Administração, estará o Poder Judiciário impossibilitado de controlar os atos ditos discricionários, quando estes não puderem ser avaliados isoladamente quanto ao seu acerto. Esta conclusão liga-se à técnica de validação das condutas em que face da lei, que a doutrina vem chamando de finalística, em oposição à técnica condicional, de que adiante tratarei.

Voltando um pouco na história, é conveniente que se tenha presente que a noção de discricionariedade nasceu no contexto da atividade da Administração Pública. Portanto, foram os administrativistas que, predominantemente, trataram e tratam deste assunto.

O tema, que me propus tratar neste artigo, está sendo visto sob um enfoque situado num contexto histórico atual. Ou seja, quando afirmo que a discricionariedade administrativa é substancialmente diferente daquilo a que se tem chamado

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION948 948 4/10/2007 14:41:52

de discricionariedade judicial, estou me referindo àquilo que hoje se entende por discricionariedade administrativa.

A discricionariedade, assim como o próprio conceito de direito, tem sido vista de formas diferentes ao longo da história.

Evidentemente, a relação do problema da discricionariedade com o da interpretação só surgiu quando a Administração assumiu o caráter de Administração legal e a interpretação passou a ser vista como algo que não se esgotava numa operação lógica. Antes disso, a interpretação das leis só dizia respeito às leis civis *lato sensu*, ou seja, às leis de direito privado, pois a Administração era essencialmente livre.

Instalado o Estado de Direito, viu-se a Administração com a sua atividade integralmente regulada pela lei.

Aos poucos, o legislador deixou de ser totalitário, onisciente, como o de antes. Tanto a Administração Pública quanto o Judiciário, antes de aplicar a lei, tinham de *interpretá-la*.

Aí então surgiu a conexão entre a *interpretação* e a *discricionariedade*, **tendo-se concebido que esta poderia consistir exatamente na interpretação de conceitos vagos.**

Segundo esta concepção, exerceria o agente público poder discricionário toda vez que tivesse de interpretar uma norma, para agir de acordo com ela, e que esta norma *contivesse, em sua redação, um conceito vago.*

À idéia de discricionariedade administrativa no estágio atual da doutrina brasileira costumam, então, de acordo com o de que se disse, ligar-se, basicamente, dois fenômenos:

a) A possibilidade de haver uma *zona de liberdade* para o agente aplicador da lei, zona dentro da qual haveria *diversas soluções* aceitas como corretas (jurídicas, lícitas, válidas) perante o Direito, que teriam de ser, evidentemente, diferentes entre si, em si mesmas, mas equivalentes quanto à *finalidade*.[1] É

1. A importância do papel representado pela finalidade no que concerne à discricionariedade é enaltecida por Celso Antonio Bandeira de Mello. Uma das razões em virtude das quais, às vezes, o legislador se serve de conceitos vagos é a de que através deles se logrará chegar a um modo de aplicação da lei que corresponda mais exatamente à sua finalidade.

Assim, quando a norma prevê o dever de se internarem gratuitamente pessoas *pobres*, propicia condições para que se produzam decisões em conformidade com o seu escopo, de modo mais perfeito do que se contivesse em si mesma o critério *pessoas que ganharem até dois salários mínimos*. Isto porque,

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION949 949 4/10/2007 14:41:52

justamente a circunstância de haver esta *zona*, *espaço limitado*, portanto, de liberdade, que diferencia a discricionariedade de arbitrariedade.

Dentro desta zona de liberdade haveria quase que uma vedação *a priori, como observei antes,* estabelecida no que diz respeito à *possibilidade de controle*, uma vez que todas as soluções nesta zona encartáveis, diferentes entre si, seriam tidas como corretas.[2]

b) O conceito vago. É comum encontrar na doutrina nacional e estrangeira, mas principalmente na nacional, a afirmação no sentido de que a simples circunstância de a norma conter, em si mesma, um conceito vago seria fenômeno necessário e suficiente para ensejar ao agente público o exercício do poder discricionário. Às vezes essa afirmação é feita explicitamente e às vezes, implicitamente.

A respeito destes fenômenos a que a doutrina tradicionalmente liga o poder discricionário, no âmbito da atividade da Administração, diria que, em meu entender, não é circunstância, por si só, de haver um conceito vago no texto da lei que autoriza, em si mesma, que o aplicador da norma exerça poder discricionário. Interpretação de conceito não se confunde com exercício de poder discricionário, nem dá ensejo, como única causa, ao exercício deste poder, nem no que tange à atividade da Administração e muito menos no que diz respeito à do Poder Judiciário.

Esta liberdade existe exclusivamente em certas, determinadas e peculiaríssimas circunstâncias e com relação à Administração Pública. Por outro lado, muito discutível a natureza da liberdade com que pode contar o juiz, em certas circunstâncias, para decidir. Donde não se pode, de modo algum, aplicar *impunemente*, ou seja, sem que haja conseqüências de razoável gravidade no plano prático, o conceito de *poder discricionário* à atividade jurisdicional.[3]

---

v.g., pode ocorrer que alguém receba 3 (três) salários mínimos e tenha 12 (doze) filhos, sustente mulher, mãe e sogra, estando, pois, pelo critério vinculado, fora do alcance da norma. Por outro lado, alguém que seja solteiro e de família rica seria atingido pelo texto legal. Entretanto, se da norma consta a expressão *pessoas pobres*, o aplicador pode proferir decisões em perfeita adequação à sua finalidade (*Discricionariedade*, São Paulo: Malheiros, 1991, p. 4).

2. Celso Antonio pergunta: "Qual o préstimo jurídico da noção de discricionariedade, senão para referir ocasiões em que a administração tem certa *margem de liberdade*, por força da qual o Poder Judiciário não pode *ir além* de certos limites dentro dos quais a atuação da Administração Pública é incensurável, inexistindo Direito subjetivo do particular oponível procedentemente ao procedimento adotado?" (*op. cit.*, p. 25, n. 18). Esta, pois, é a utilidade e a razão de ser do conceito de discricionariedade..

3. A esse propósito ensina Emilio Betti que a interpretação deve levar a uma só solução, num dado momento histórico. Haverá, pois, uma só interpretação legítima, reconhecida pelo direito. A decisão do caso é sempre univocamente determinada, em conformidade com a valoração legislativa dos interesses em jogo (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, 1971, § 17, p. 159).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION950 950 4/10/2007 14:41:53

É relevante que se fixe esse entendimento por que o emprego dos conceitos vagos tem sido cada vez mais freqüente na nossa legislação. Fala-se em hipossuficiência**,** em abusividade, em notoriedade. Há também as chamadas cláusulas gerais, em cuja formulação verbal se empregam sempre conceitos vagos, sem o que de uma cláusula geral não se trataria: função social da propriedade, função social do contrato, boa fé objetiva. Parece que se trata de um caminho sem volta, já que essas técnicas se afeiçoam de modo perfeito às sociedades contemporâneas. O fenômeno da positivação é universal, observando-se que mesmo nos países de tradição anglo-saxônica se está generalizando. Por outro lado, a complexidade e a instabilidade destas sociedades, somadas à quantidade de questões diferentes e multifacetadas que são levadas aos Tribunais, demonstrou inequivocamente que os sistemas positivos tradicionais, em que o legislador se servia de técnicas mais rígidas, não seriam mesmo capazes de absorver eficientemente a realidade, normatizando-a. Assim, assumiu-se, tanto no plano da lei posta, quanto no da doutrina, a necessidade de que a normatização se desse por meio de sistema mais flexível, em que se admitisse, por exemplo, que houvesse normas não escritas.

Parece evidente que esse novo método de normatizar não pode significar nada parecido com falta de controle das decisões do Judiciário, nem possibilidade de se decidir, em nome de alguma liberdade, fora de padrões. **Isso seria, em meu entender, um desastroso retrocesso.**

Os conceitos vagos, em si mesmos, desempenham pelo menos duas funções que me parece devam ser valorizadas positivamente:

1. Permitem que se incluam, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter pensado (= casos que, por especiais ou por raros, certamente não seriam incluídos num dispositivo legal que usasse a técnica dos *numeros clausus*, ou seja, fossem taxativos) e, então, ficariam fora do alcance da norma; são capazes de gerar, portanto, decisões mais rentes à realidade, mais desejáveis socialmente.

Havendo pluralidade de decisões acerca de fatos idênticos aos quais se aplicou a mesma norma, de duas uma: ou os casos não são *realmente* idênticos, e a norma em questão considera detalhes da situação para incidir ou deixar de incidir; ou os casos são idênticos e uma das decisões deverá ser tida como correta, estando, as demais, erradas.

Embora possa haver variações, prossegue Betti, o teórico deve conseguir atingir a decisão correta, ainda que se trate de normas que contenham conceitos como "boa fé contratual", "impedimento ao prosseguimento do processo" etc. O juiz tem o dever de perseguir o verdadeiro sentido dessas expressões e não há diferenças substanciais entre sua atividade em relação a conceitos precisos ou àqueles em que a lei tenha deixado ao intérprete maior espaço de liberdade, maior latitude de apreciação. Em ambos os casos não há discricionariedade, no sentido em que se usa a expressão com relação à atividade da Administração (v. Betti, *op. cit.*, p. 160: "Nell'un caso e nell'altro, considerazioni di opportunità non sono ammissibili. Il criterio di decisione è necessariamente único in un dato momento storico, ovunque ricorra la medesima situazione di fatti, non essendo consentito l'uso di due pesi e di due misure (more anglico)".

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION951 951 4/10/2007 14:41:53

2. Permitem que a *mesma norma* dure mais no tempo, pois o conceito vago ou indeterminado é mais *adaptável*;

3. Permite que a *mesma norma* seja aplicada de forma mais *justa* em um mesmo tempo, mas em lugares diferentes.[4]

Na verdade, não se deve mesmo distinguir o conceito vago ou indeterminado do conceito preciso para dar àquele um tratamento jurídico especial. Até certo ponto e em certa medida carece de importância que se trace uma linha divisória nítida entre estas duas espécies de conceitos, uma vez que um dos objetivos deste estudo é *justamente expor e justificar a minha posição segundo a qual todo conceito jurídico pode ser aplicado e gerar uma só solução justa*. Assim, a *dificuldade de se distinguirem as duas classes de conceitos é circunstância que apóia esta nossa conclusão.*[5] Há quem diga que esta afirmação se aplica tanto à esfera da Administração pública quanto à do Poder Judiciário.

A concepção no sentido de que cada caso comporta uma só conclusão correta é tida por alguns como uma **idéia regulativa** do sistema, daquelas que, se não existissem, impediriam o sistema de funcionar. E é razoável que se pense que se aplica também à atividade discricionária da Administração, ainda que esta em certa medida realmente fique fora do controle do Poder Judiciário.

Exatamente nesta linha de raciocínio, afirma Lúcia Valle Figueiredo, que há muito se preocupa com o tema da discricionariedade, que, rigorosamente não se haveria mesmo de estabelecer diferença entre ambas as "*discricionariedades"*, mas não porque o juiz tenha liberdade igual à do administrador. Ao contrário: ambos têm o dever de, em face do caso concreto, **buscar** a melhor solução![6]

Se se alude à discricionariedade judicial, sem se fazer a observação que este fenômeno (tal como, a meu ver, deve ser entendido em nossos dias) não coincide com a discricionariedade administrativa, é-se levado a concluir que também o juiz exerce poder discricionário genuíno quando interpreta e aplica norma que contenha *conceito vago* em sua formulação. Ou talvez, o que é pior, quando decide com base num conjunto de regras cuja compreensão se dá pela luz de um

4. MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*. Madrid: Civitas: 1976, p. 218, *aproximadamente* neste sentido.
5. MORENO, Fernando Sainz. *op. cit.,* p. 213.
6. "*Asseveramos, pois, a existência, em ambas as situações, de uma competência ligada, não em termos abstratos, mas sim no caso concreto. Diante deste, falece, tanto ao administrador quanto ao juiz, capacidade de escolha. Incumbe-lhes atrelar o fato à norma, utilizando-se para tal fim de todos os esquemas de interpretação possíveis, bem como de linhas vetoriais de topo constitucional e dos princípios gerais do Direito"* (destaques no original) (*Mandado de segurança*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 116).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION952 952 4/10/2007 14:41:53

princípio jurídico. Ou, ainda, com base em uma cláusula geral. Isso, em meu entender, é inadmissível.

Trata-se de assunto que aqui não pode ser objeto de considerações mais profundas sob pena de me afastar demais do tema deste artigo que pretende ser simples e curto. Mas me parece que o juiz está autorizado a exercer certa dose de criatividade para decidir casos acerca dos quais a lei não prevê solução de forma explícita e expressa. Quanto mais complexa a sociedade e quanto mais se levar a sério o desejo social do acesso à justiça, mais comuns serão casos assim, chamados de *hard cases*, ou casos não rotineiros.

"Hoje, poder discricionário só pode existir quando a lei e o Direito reconheçam como de igual valor duas ou várias decisões, ou quando a Administração Pública é reconhecida como entidade mais capaz de distinguir o justo do injusto", diz Queiró, referindo-se à administração pública.

Os caminhos da investigação doutrinária e do labor jurisprudencial com o objetivo de traçar os limites da noção de discricionariedade vêm sendo marcados "pela inexorável tendência a uma delimitação restritiva de seu âmbito mediante a exclusão de realidades até aí consideradas como faculdades discricionárias da Administração (...) e se teve o objetivo de reduzir o campo da atividade administrativa insusceptível de posterior fiscalização jurisdicional".[7]

É inevitável estabelecer, a este propósito, uma conexão direta do tema com a questão da teoria política do Estado Moderno, baseada fundamentalmente na tripartição dos poderes e no princípio da legalidade e bem como na correlata possibilidade de controle dos atos do Estado.

Sabe-se, como já se observou antes, que ao conceito de discricionariedade está intimamente conectada a idéia de imunidade ou impossibilidade de controle, pelo menos em certa escala.

Daí a importância de se afirmar que o Poder Judiciário *não tem discricionariedade* quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, quando decide com apoio em princípios, ou decide com base em cláusulas gerais. Isso implicaria, de certo modo, que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Impossível conclusão diferente. Qual o sentido funcional do conceito de discricionariedade? Exatamente o de gerar essa margem de *liberdade* dentro da qual o agente estaria fora do controle dos atingidos pela decisão.

7. QUEIRÓ. Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v.1, p. 232.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION953 953 4/10/2007 14:41:53

Com relação à Administração, todavia, razões de ordem pragmática levam a que o sistema jurídico tenha certa espécie de *tolerância* para com as decisões que não seriam *ótimas*, mas, simplesmente, *muito boas.* Não é, em virtude da regra da separação de poderes, controlável pelo Poder Judiciário esta *opção* do agente público, porque feita dentro da margem de liberdade que lhe é conferida pela possibilidade de exercício de *poder discricionário*. Às vezes, por causa dos limites temporais e materiais com que conta uma decisão administrativa, está-se impedido de chegar até a decisão "justa" (correta, "verdadeira"). Assim, deve-se reconhecer a validade de decisões tidas como *razoáveis* quando *não se têm condições de saber qual seria a correta*. Esta conclusão nasce tanto das limitações humanas, em si mesmas, quanto da necessidade que se tem de, às vezes, decidir *agora*, com os meios de que se dispõe, *agora*.

Neste sentido já se disse que a Administração ótima não é a única melhor, mas a *melhor possível nas circunstâncias dadas*.[8]

A discricionariedade implica uma margem de **tolerância de erro** nas apreciações, que deve ser reconhecida em favor da autoridade administrativa. Toda a apreciação da Administração oscila entre duas barreiras, dentro das quais o erro é tolerável.[9]

Nesta linha de raciocínio, observa Antônio Francisco de Souza que o aumento das funções da Administração fez com que se revelassem de modo mais acentuado as diferenças entre o direito público e o direito privado. As decisões da Administração passaram a ser tomadas através de complexos processos, nos quais se apresentavam em conflito uma série de interesses que deveriam ser ponderados e em que o *fator tempo desempenhava papel importantíssimo.*[10]

Esta observação vai ao encontro da afirmação de que deve haver menos rigidez do sistema no que diz respeito à atividade da Administração, uma vez que as decisões, às vezes, têm de ser tomadas *rapidamente*, com os dados de que se dispõe e nas circunstâncias que se nos apresentam.

E mais: não se pode perder de vista que a Administração Pública decide conforme o que diz a lei, e o Judiciário diz o que diz a lei.

Estas, a meu ver, são as principais razões que levam à inexorabilidade daquela conclusão, e não razões de ordem teórica, ligadas a uma *pretensa inexistência*

8. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade – Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 56 (grifos nossos).
9. SOUZA, Antonio Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987, p. 49.
10. SOUZA, Antonio Francisco de. *op. cit.,* p. 5.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION954 954 4/10/2007 14:41:53

de uma solução ideal, idéia esta incompatível com a noção que hoje se tem de direito.[11]

Se à noção de discricionariedade liga-se funcionalmente a idéia de *impunidade*, só faz sentido falar em discricionariedade, ou seja, pôr o *problema* da discricionariedade, quando se trata da atividade de um órgão que *seria* controlado (e no caso não é, porque se trataria de decisão discricionária) por **outro órgão**, *diferente daquele que proferiu a decisão*. Portanto falar-se em discricionariedade da Administração, cujos atos são controláveis pelo Poder Judiciário, justamente para que se possa dizer, do ato do administrador, que se ficou dentro do quadro da pluralidade de decisões possíveis ou equivalentes, tem sentido.

Mas se decisões judiciais são *sempre* controláveis, mesmo quando o juiz age com *liberdade*, por órgãos integrantes do mesmo Poder Judiciário, mas diferentes daquele que proferiu a decisão, que **sentido operacional** teria falar em discricionariedade judicial?

Alberto Xavier aborda a diferença que vem sendo feita pela doutrina entre discricionariedade de ação (da Administração) e discricionariedade subsuntiva, cognitiva, vinculada ou técnica (do Judiciário). Na primeira, há liberdade de opção entre série de caminhos juridicamente possíveis; na segunda, há uma só decisão desejada pela lei, embora chegar até ela não seja fácil.[12]

Já se percebe, na doutrina, pois, a consciência de que não se trata do mesmo fenômeno. Isto bastaria para que se percebesse a necessidade de se designar o fenômeno que acontece com o Poder Judiciário por um *nome* diferente. Pura e simplesmente porque, e quase todos o reconhecem, se está diante de *realidades diferentes*. E, além do mais, essa confusão terminológica, conforme sublinhei, gera conseqüências indesejáveis no plano prático como, por exemplo, entendimento jurisprudencial absolutamente equivocado no sentido de que de decisões judiciais discricionárias não caberia recurso.

Mas quais seriam as razões que levam tantos autores a fazer referência a tal discricionariedade judicial? A primeira delas talvez seja a *dificuldade de controle*, de certas decisões. Ou seja, casos há realmente, que em certo sentido e em certa medida se percebe que não se consegue por ao lado da decisão impugnada uma outra, dizendo-se que esta seria a correta e a outra, a equivocada. Pense-se nas medidas que o juiz pode tomar para conservar fisicamente o bem objeto material

11. MORENO, Fernando Sainz. *op. cit.,* p. 224, aproximadamente no mesmo sentido.
12. *Do lançamento – Teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*, 2. ed., São Paulo, Forense, 1998, p. 204, nota 6.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION955 955 4/10/2007 14:41:54

da demanda em caso de risco de perecimento. Às vezes não é possível demonstrar que outro teria sido o caminho melhor. Ou nas medidas autorizadas pelo art.461, para que o réu seja persuadido a cumprir a decisão *in natura*. Quantas e quantas vezes não se consegue demonstrar que outra seria mais adequada do que a que foi tomada. Esse mesmo fenômeno ocorre, por exemplo, em um caso em que o juiz se tenha decidido por fazer uma inspeção judicial. Seria demonstrável que esta seria desnecessária se o próprio juiz afirma que sem essa prova não consegue decidir por que tem dúvidas a respeito de qual seja a verdade?

Em todos esses casos, em que se pressente haver certa liberdade do juiz, é imperativo ter-se consciência de que é uma espécie de "liberdade" percebida *a posteriori*, ou seja, porque depois de tomada a decisão. Aí então se percebe que não se pode a ela contrapor outra, afirmando-se que esta outra, e não aquela que foi proferida seria a mais correta. Isto poderia, todavia, ocorrer se a decisão fosse absurda. Então não existe essa impossibilidade de controle *a priori.* Em quais erros incorre aquele que pretende considerar haver aí genuína discricionariedade???? Sem dúvida, o primeiro seria o de não se perceber que esta pseudoliberdade é aferida *a posteriori*. E que não se pode afirmar que há discricionariedade, no âmbito das decisões que concedem ou não pedidos de produção de provas. O que ocorre é que em certos casos pode ser impossível demonstrar que a decisão tomada está errada. Em certos casos, por que se sabe, por exemplo, que assinaturas comprovam-se como falsas por meio de prova pericial, e ponto final.

Estas decisões, que são tomadas a partir de cuidadosa análise do quadro fático subjacente à demanda, que não pode ser descrito de modo simples e sintético, não são controláveis por meio do que tenho chamado de recursos de estrito direito. Nem decisões em que o juiz terá exercido a tal criatividade permitida e desejada pelo sistema, de que falei antes. Ou de decisões baseadas em normas que contenham conceitos vagos.

Parece-me que esta dificuldade existe e as razões de que decorre são de ordem técnica. A atenção do tribunal superior teria de centrar-se em aspectos fáticos que embasaram da decisão. Tecnicamente, podem-se considerar questões deste tipo como questões de fato. Nem por isso a decisão, *equivocada* e que não foi corrigida por meio de recurso de direito estrito, se torna *correta*. E o fato de a decisão subsistir não significa que o sistema seja *indiferente* à opção tomada.

No que diz respeito à Administração Pública, pareceu-me que um dos critérios mais relevantes que nos indica ocasiões em que seus atos não são controláveis pelo Poder Judiciário, liga-se, como mencionei antes, às técnicas de validação de condutas.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION956 956 4/10/2007 14:41:54

Sabe-se que existem fundamentalmente duas técnicas de validação de condutas: a condicional e a finalística. Às vezes, aquele que agirá de acordo com a norma será avaliado em função de ter provocado a conseqüência X1, por ter ocorrido, no mundo empírico, o fato X. Assim, A se defendeu de B que ofendeu seu (de A) direito ao exercício da posse sobre determinado imóvel. Houve a ofensa (fato X) e a lei autorizou excepcionalmente a defesa pelas próprias mãos (conseqüência X1). Às vezes o agente é avaliado em função de ter atingido certa finalidade: é o exemplo do agente A que é incumbido de zelar pela segurança de certa sala de concertos. Uma série de atitudes são permitidas para chegar àquele objetivo, que não podem ser julgadas isoladamente, nem rigorosamente, pois este agente pode ter de atuar rapidamente.

Normalmente, esta é a estrutura das regras cujo destinatário é a Administração Pública.

O que tem me parecido ultimamente é que quando a Administração Pública deve agir de acordo com uma norma que cria uma *finalidade* a ser alcançada, e a Administração Pública tem, então, de traçar uma *estratégia* para atingir-la, seus atos não podem ser avaliados pelo Poder Judiciário isoladamente. E não podem, justamente porque integram um conjunto de atos, tendentes a atingir um objetivo: os atos, em si mesmos, não são "certos" ou "errados". Por outro lado, não pode o Poder Judiciário reavaliar a estratégia como um todo, pois estaria *administrando.*

Expressivo é o exemplo das metas, estabelecidas em parcerias público-privadas ou na concessão de serviços públicos. Imagine-se uma empresa de telefonia que deve perseguir a meta da universalização. Monta estratégia que envolve todos os campos e níveis da empresa. Uma delas seria a de cobrar preço ínfimo para instalar um telefone (abaixo do custo real) e cobrar mais caro para transferir o telefone instalado de um imóvel para outro. Não pode o Judiciário, pura e simplesmente, qualificar de abusivo valor cobrado como taxa de transferência.

Esse fenômeno é substancialmente diferente do que o consistente em o juiz qualificar condutas com base em norma cujo critério de erro ou acerto da conduta avaliada seja descrito por meio de um conceito vago. Aí, sim pode-se dizer com firmeza, segundo o que penso, não se estar diante de norma que autorize o juiz a exercer poder discricionário. Assim, dizer se há ou não interesse público em certa circunstância, se a cláusula é ou não abusiva, se o menor está ou não em situação irregular não é atividade discricionária sob ângulo algum. Aplicar a lei ao caso concreto não envolve liberdade que se possa comparar e muito menos equiparar à discricionariedade judicial.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION957 957 4/10/2007 14:41:54

Assim também ocorre com as concessões de liminares, cuja hipótese de concessão é descrita pela lei invariavelmente por meio de conceitos vagos, como fundamento relevante, perigo de dano etc.

Aliás, de acordo com o que até agora se disse, tenho convicção que o juiz não age com discricionariedade, nem mesmo quando decide com base em princípios, que encampam valores, que representam o *ethos* dominante, que o juiz tem o dever de encontrar e que são fornecidos pela Constituição.

Mesmo admitindo que a norma que enseja o exercício de poder discricionário se caracterize por gerar dualidade ou pluralidade de soluções possíveis, Arruda Alvim assevera que não é exato se dizer que diante de duas situações de fato rigorosamente idênticas seria viável determinar conseqüências jurídicas diferentes. No plano lógico, vê-se irremediavelmente atingido o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei.[13]

Depois de todos estes anos de pesquisa e reflexão, constato ser extremamente frustrante o resultado de uma pesquisa doutrinária em que se busque *em que consiste a tal* "margem de liberdade", seja do administrador, seja do juiz.

Há uma parte da doutrina que alude à existência, para o juiz, de uma *liberdade de investigação crítica*, cujo objeto seria mais os fatos do que o direito. É como se o juiz pousasse os olhos mais demoradamente sobre os fatos para saber se fulano tem baixa renda de molde a poder fazer jus a certo benefício previdenciário. No tal *movimento pendular da interpretação*, o tempo gasto com a lei seria menor.

Certamente o perigo de que alguma explicação no sentido de delimitar em que consiste a tal liberdade do juiz seja incompatível com o princípio da legalidade, que consideramos ser uma das conquistas do nosso tempo, faz com que muitos autores não se posicionem concludentemente a esse respeito.

Maria Luísa Duarte,[14] observa que uma das indicações no sentido de que a norma a ser aplicada pela Administração estaria criando uma hipótese de exercício de poder discricionário, seria o grau de abstração do conceito. Assim, "quanto maior for o grau de abstração do conceito, maior será sua tendência deslizante para fora do âmbito da atividade vinculada".

Maria Luisa Duarte ensina que maior tendência haverá no sentido de se estar de fato diante de oportunidade em que o agente público deva exercer poder

13. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988, p. 79.
14. *Relatório de mestrado*, apresentado na Faculdade de Direito de Lisboa em 1986. Orientação do Prof. Jorge Miranda. *Boletim do Ministério da Justiça* 370, nov./1987, p. 51.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION958 958 4/10/2007 14:41:54

de natureza discricionária se estiver no campo "administração constitutiva de direito ou de prestação". Menos probabilidade haverá, todavia, se estivermos no campo da *administração agressiva*, definidora, por via autoritária, da situação jurídica do particular.[15]

Interessante observar-se aqui que a atividade do juiz quando sentencia tem sempre estas duas faces, é bifronte: declara direito de alguém (do vencedor) e "agride" o ex adverso. Assim, está-se diante de mais um *discrímen* inaplicável à atividade do Judiciário.

Esta margem de liberdade existe para que o Administrador possa administrar. São razões de ordem pragmática e política que indicam a necessidade de se estabelecer esfera de "impunidade" da Administração Pública.[16] Afinal, o administrador age **conforme** a lei, enquanto o Poder Judiciário DIZ o que DIZ a lei.

Esta *liberdade*, pois, consistiria na possibilidade de transitar livremente dentro dessa faixa de *impunidade*, fruto, em parte, desta dose de *tolerância*, estabelecida para possibilitar o exercício da atividade de administrar, tomando medidas adequadas e prontamente. Esse raciocínio é inaplicável à atividade do juiz.

Esta relação se faz sentir neste primoroso texto já referido de autoria de Maria Luísa Duarte: "A formação e a sedimentação do Direito Administrativo encontram-se indissoluvelmente ligadas à separação da função de julgar e administrar, e a assinalada evolução, no sentido do alargamento da *sindacabilidade* (= controlabilidade) contenciosa (= feita pelo Judiciário) da atividade administrativa, é o corolário de uma preocupação de tutela dos direitos dos particulares, cujo fundamento último é igualmente o princípio da separação de poderes".[17]

Prossegue a mencionada autora dizendo que no Estado Social de Direito a *Administração age por via da lei e de acordo com a lei,* cabendo ao Judiciário julgar a *adequabilidade do comportamento da administração com o complexo*

15. Idem, ibidem. García de Enterría e Fernández fazem a distinção entre atos favoráveis e atos de gravame, dizendo que foi formulada originariamente por Jellinek. Aqueles seriam atos da Administração Pública por meio dos quais os particulares fossem, por exemplo, favorecidos no que diz respeito à ampliação de seu patrimônio, fossem liberados de uma limitação, de um dever, de um gravame, criando-se-lhe uma faculdade ou reconhecendo-lhe um direito. Os segundos seriam, *v. g.*, atos por meio dos quais, aos particulares, se imporiam limitações, se extinguiriam direitos, se lhes criariam fardos ou deveres novos. Observam que doutrina alemã alude a atos administrativos de *duplo feito* que seriam favoráveis para um sujeito e de gravame para outro. Anotem, por fim, que estas distinções têm efeitos práticos importantes, principalmente no que tange à necessidade de o ato dever ser legitimado em preceitos legais e quanto à necessidade de fundamentação (*Curso de direito administrativo*, São Paulo, RT, 1991, p. 494).
16. Aproximadamente neste sentido, Fernando Sainz Moreno, *op. cit.,* p. 308-309.
17. Maria Luísa Duarte, *op. cit*., p. 37-38.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION959 959 4/10/2007 14:41:54

normativo referencial,[18] como disse, dizendo o que diz a lei, e se o agir da Administração esta de acordo com ela.

É uma outra forma de dizer o que acima se disse, reforçando uma das principais idéias que sustento neste artigo: o Poder Judiciário não pode ter com a lei a mesma relação que o Poder Executivo tem. Este age de acordo com ela, aquele diz o que ela diz. A palavra do Judiciário, no fundo, é a lei, já que é ela que acaba por incidir nos casos concretos.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988.

BETTI, Emilio. *Intewrpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generali e dogmática)*. 2. Ed. Milano: Giuffré, 1971.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1998.

DUARTE, Maria Luísa. *Relatório de mestrado*, apresentado na Faculdade de Direito de Lisboa em 1986. Orientação do Prof. Jorge Miranda. *Boletim do Ministério da Justiça* 370, nov./1987.

ENTERRÍA E FERNÁNDEZ, García de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade*. São Paulo: Malheiros, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade – novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*. Madrid: Civitas: 1976.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v.1.

SOUZA, Antonio Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento – Teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. Ed. São Paulo: Forense, 1998.

18. Mesmo com relação à Administração Pública, são hoje comuns as posições reducionistas do poder discricionário. Ressalta Canotilho que lhe é reconhecida a *Entscheidungsermessen* e a *Auswahlermessen*, ou seja, o poder discricionário de decisão e de escolha de meios. Assim, pode o administrador decidir se determinada manifestação perturba o trânsito ou, noutro caso, escolher, dentre várias medidas legítimas, as que lhe pareçam mais adequadas à consecução de certo fim. Todavia, acrescenta, não se reconhece à Administração discricionariedade quanto à fixação dos pressupostos de fato (*Tatbestandsseit*). Só quanto às *Rechtefolgeseite*, ou seja, quanto às conseqüências decorrentes da aplicação do direito (Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1998*).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION960 960 4/10/2007 14:41:55

CAPÍTULO XXXIX

EXISTE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO?

Valdir Ferreira de Oliveira Junior*

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceitos lógico-jurídicos e conceitos jurídico-positivos – 3. Existência de uma teoria geral do processo – 4. Aplicação das noções construídas pela teoria geral do processo – 5. Relação entre teoria geral do processo e teoria geral do direito – 6. Processo e Constituição – dimensão procedimental dos direitos fundamentais – 7. Síntese conclusiva: A importância do estudo da teoria geral do processo. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo inicia um debate que será necessariamente aprofundado em diversos campos de estudo, desde a teoria da constituição, passando pela teoria do processo, numa leitura que refletirá necessariamente as conquistas da teoria do direito e da própria filosofia do direito, buscando o melhor enquadramento para a teoria do processo.

As disciplinas teóricas trabalham com conceitos lógico-jurídicos e possuem uma dimensão reflexiva na filosofia do direito, buscando realizar o escopo de transformação social através do direito, construindo uma sociedade mais justa, livre e solidária.

O que será debatido nas linhas a seguir nos ajudará a refletir sobre a seguinte questão: existe uma teoria geral do processo?

2. CONCEITOS LÓGICO-JURÍDICOS E CONCEITOS JURÍDICO-POSITIVOS

Os conceitos lógico-jurídicos são aqueles conceitos construídos *a priori*, com pretensão de validez universal para um determinado campo do conhecimento

(*) Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Especialista em Direito do Estado pela Fundação Visconde de Cairu (FVC); Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB); Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC); Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION961 961 4/10/2007 14:41:55

jurídico. Nas palavras de Recaséns Siches[1], funcionam como condicionantes de todo pensamento jurídico. São conceitos que não estão vinculados às variações do ordenamento jurídico positivo de um determinado Estado.

Conceito, na definição de Edvaldo Brito[2], *é uma unidade formal que reúne a multiplicidade dos fenômenos segundo os vínculos que guardam entre si.*

Para Teran[3], os conceitos jurídico-positivos somente são aplicáveis a uma esfera de validez determinada quanto ao espaço e quanto ao tempo, pois está sujeita mesmo à vigência do direito em que se apóia em sentido histórico. Em suas palavras:

> (...) cuando se formula um cocepto lógico que sirve de base para la conceptuación jurídica positiva, esa noción se formula com pretensión de validez universal. Esto es, lo mismo la conceptuación positiva de um orden jurídico que la de outro orden jurídico, tienen que aplicar esse concepto lógico.

São dos conceitos lógico-jurídicos que se valem a: teoria do direito, a teoria da constituição, a teoria do processo, a teoria dos direitos fundamentais etc. Porém, conforme aponta Fredie Didier Jr.[4], em se tratando de teoria geral do processo, os conceitos que pertencem à teoria geral do direito não devem ser desvirtuados com o objetivo de dar-lhes um conceito especificamente processual. O Direito processual deve ser estudado à luz da Teoria Geral do Direito.

Cabe uma observação para evitar a confusão que normalmente ocorre na distinção entre conceito lógico-jurídico e jurídico-positivo. Os conceitos lógico-jurídicos são obtidos *a priori*, enquanto os conceitos jurídico-positivos são obtidos *a posteriori*[5], os primeiros são invariáveis, enquanto os segundo sofrem as variações que normalmente ocorrem no ordenamento em virtude dos processos de mutação formal e informal do direito legislado.

São os conceitos lógico-jurídicos que oferecem o suporte teórico necessário à sistematização de um determinado campo do conhecimento humano. A teoria geral do processo se constrói a partir dos conceitos de: jurisdição, ação, processo, lide, tutela jurisdicional, mérito, demanda, objeto litigioso, causa de pedir, partes, pressupostos processuais etc, só para citar alguns. Ocorre que muitos desses conceitos lógicos sofrem as particularizações necessárias à sua aplicação nas diversas modalidades de processo jurisdicional. Essas particularizações dizem

1. *Filosofia del Derecho*, p.12.
2. O conceito atual de tributo. *In: Revista dos Mestrandos em Direito Econômico da UFBA – n. 1*, p. 30.
3. *Filosofia del Derecho.* p. 81-82
4. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do processo e processo d conhecimento Vol I.* p. 27.
5. Em sentido vulgar, conforme afirma Teran, *a priori* e *a posteriori*, significam, respectivamente, antes ou depois de que algum acontecimento suceda. Op. cit. p. 84.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION962 962 4/10/2007 14:41:55

respeito ao regime jurídico de tais institutos e integram o seu conteúdo dogmático, naquilo em que forem diversas, desprendem-se da teoria geral passando a compor o estudo da disciplina particular. .

Fredie Didier Jr.[6] observa que não se deve confundir conceito geral com regime jurídico único e exemplifica com o conceito de nulidade, único, por ser lógico-jurídico, porém isso não significa que o regime de invalidade dos atos jurídicos seja o mesmo em cada um dos ramos do direito, e de fato não o é. A invalidade, por exemplo, pode ser vista sob o ângulo da teoria geral do direito, da teoria geral do processo e da teoria da constituição. Isso não desvirtua seu conteúdo tampouco a cientificidade e coerência do Direito, até o reforça.

3. EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

A teoria geral do processo é admitida por grande parte dos processualistas, dentre os quais podemos citar: Liebman, Dante Angelotti, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Calmon de Passos, Fredie Didier Jr., José de Albuquerque Rocha, J. E. Carreira Alvim, Daniel Francisco Mitidiero, Fernando de La Rua, dentre outros. Dentre os autores que não admitem a existência de uma Teoria Geral do Processo estão: Luis Eulálio Bueno de Vidigal[7], José Rogério Lauria Tucci[8] e Manoel Arruda Alvim[9].

Cândido Rangel Dinamarco[10], conceitua a teoria geral do processo como um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto entre os diversos ramos do direito processual.

A teoria geral do processo propõe-se a coletar os elementos da diversidade representada pelas variadas espécies de processo e reduzi-los à unidade, numa escalada que principia com a sistematização de determinado ramo do direito processual e tende à universalização[11].

Para Angelina Ferreyra de La Rua e Cristina González de La Veja de Opl[12], a teoria geral do processo é aquela parte do direito processual que se ocupa em

6. *Curso de Direito Processual Civil – vol I.* p. 28.
7. *Por que unificar o direito processual? – Revista de Processo n. 27.*
8. *Considerações acerca da inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo. Revista Jurídica n. 281.* p. 103-104.
9. *Tratado de Direito Processual Civil.* p. 103.
10. *A instrumentalidade do processo*. p. 69.
11. *Op. cit.* p. 79.
12. *Teoria General del Processo.* p. 26-27.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION963 963 4/10/2007 14:41:55

estudar e resumir os conceitos fundamentais, válidos para qualquer de seus ramos, compreendendo a análise dos seus elementos estruturais, concentrados em conceitos capazes de apresentar a característica de validez uniforme em todas as suas manifestações.

Fazzalari[13], adepto à existência de uma teria geral do processo, com garantias que prevalecem para todas as espécies de processo, vai mais além e reconhece em seu: *Istituzioni di diritto processuale,* § 3º, p. 9, a existência de processo fora e/ou independente do nosso ordenamento estatal, a exemplo de sindicatos, associações esportivas etc.

As diferenças nas abordagens de Fazzalari e Dinamarco estão nos respectivos enfoques, onde o primeiro prioriza o estudo do processo, enquanto o último atribui maior relevância à jurisdição.

Para Hernando Deves Echandía[14], o direito processual, pelo fato de referir-se a uma das funções essenciais do Estado, é um direito público. Seus princípios fundamentais são comuns a todos os seus ramos que, de acordo com a natureza das normas em conflito ou cuja aplicação se solicita, pode dividir-se em direito processual civil, penal, contencioso-administrativo, do trabalho, coativo ou fiscal (utilizando o exemplo da Colômbia). A unidade do direito processual exige que se estudem em conjunto e com um critério comum seus princípios gerais, sendo esta a razão do curso de teoria geral do processo.

Segundo Liebman[15], *o poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e a todos competem indistintamente, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos.*

Assim, o verdadeiro conteúdo da teoria geral do processo deve ser, para além da construção de um sistema de conceitos lógico-jurídicos comuns aos diversos ramos do direito processual, a concretização dos valores constitucionais fundamentais em sede processual, disso decorrendo a aplicação de um enfoque interdisciplinar na construção de uma teoria do processo, em que se fazem presentes: a teoria geral do direito, a teoria da constituição e principalmente a teoria dos direitos fundamentais.

13. *Processo – teoria generale*, n. 10, p. 1.075.
14. *Teoria General del Processo.* p. 41-44.
15. *Mannuale di diritto processuale civile*, v. I. p.10-11.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION964 964 4/10/2007 14:41:56

4. APLICAÇÃO DAS NOÇÕES CONSTRUÍDAS PELA TEORIA GERAL DO PROCESSO

É possível aplicar as noções construídas pela Teoria Geral do Processo aos processos legislativo, administrativo e negocial? É não só possível como cientificamente desejável, pois se atribui à teoria geral do processo aquilo que é comum às diversas modalidades de processo, seja penal, civil, trabalhista, legislativo, administrativo, tributário, constitucional ou negocial.

Existem autores que vão mais além e aderem à existência de uma teoria do processo civil[16], teoria processual da Constituição[17], e também encontramos obras sobre teoria do direito processual penal[18]. Tais abordagens buscam sintetizar uma série de conceitos com pretensão de validez universal num campo ainda mais específico do conhecimento jurídico.

Deve-se ficar atento quanto ao tratamento dos institutos fundamentais e a possibilidade lógica de sua pretensão de validez universal[19]. Aqui o universal deve ser compreendido dentro de uma estrutura sistêmica[20].

Cândido Rangel[21] adere à visão de Fazzalari ao assumir em sua obra: *A instrumentalidade do Processo*, a busca da unidade de conceitos e estruturas ou princípios comuns aos processos contemplados no nosso ordenamento, desde aqueles que realizam atividades fundamentais do Estado (jurisdição, sobretudo, mas não só; sendo o processo também empregado para o cumprimento de outras tarefas: legislação, administração, jurisdição voluntária), até aqueles que correm entre particulares, no âmbito e para o fim do exercício da autonomia que o ordenamento lhe reconhece (inclusive os processos arbitrais).

Fazzalari[22] destaca a existência de decodificações unificadas tanto na Suécia quanto na Suíça, da existência das garantias constitucionais do processo, especialmente do *due process of law*, prevalentes para todas as espécies de processo. Nesse sentido decidiu o **STF** no **Recurso Extraordinário 158215-4/RS**, onde se discutiu o caso em que um associado foi excluído sem o direito de defesa,

16. Paulo Henrique dos Santos Lucon; Ovídio Batista; Daniel Francisco Mitidiero e Fábio Luiz Gomes.
17. Willis Santiago Guerra Filho.
18. Rogério Lauria Tucci (em que pese admitir uma teoria do processo penal, o citado autor não admite a existência de uma teoria geral do processo).
19. Seria no mínimo questionável a construção de uma teoria do processo administrativo, em face da existência de tribunais administrativos em determinados ordenamentos e sua inexistência em outros, o que conferiria uma diversidade de tratamento em termos teóricos.
20. Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e Conceito de sistema na ciência do direito*. p. 14.
21. Op. cit. p. 70
22. *Processo – teoria generale*, n. 10, p. 1.075.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION965 965 4/10/2007 14:41:56

entendendo o Supremo ser aplicável, à esfera particular, a garantia do devido processo legal. Porém, é em seu: *Istituzioni di diritto processuale*, que Fazzalari reconhece a existência de processo fora e/ou independente do nosso ordenamento estatal, a exemplo de sindicatos, associações esportivas etc.

Assim, entendemos como perfeitamente possível a existência de uma teoria geral do processo aplicável aos processos legislativo, administrativo e judicial. Porém, como observa Cândido Dinamarco[23], ela só será construtiva e útil na medida em que, além de ser fiel como síntese das conquistas de cada ramo processual, tiver aptidão a devolver a cada um deles os resultados de suas intuições e investigações.

Sobre o processo administrativo, Cândido Rangel[24] entende que hoje não é mais lícito negar a sua inserção na teoria geral do processo. O *poder* exercido pela Administração através dele é o mesmo poder que os juízes exercem *sub specie jurisdictionis*, tendo-se verdadeiro processo estadual lá e cá. Inclui-se, também, o processo legislativo e as atividades das entidades intermediárias entre as categorias que se submetem, *mutatus mutandis,* à teoria geral do processo, na media em que compõem uma unidade sistemática que repousa nos princípios e garantias constitucionais do processo, na estrutura e interação funcional dos institutos fundamentais.

5. RELAÇÃO ENTRE TEORIA GERAL DO PROCESSO E TEORIA GERAL DO DIREITO

Vê-se que trata a presente relação entre uma teoria que disciplina todo o Direito de maneira geral (Teoria Geral do Direito) e uma ciência jurídica particular que é a Teoria Geral do Processo.

Segundo Norberto Bobbio[25], quando se confere ao termo "geral" um sentido que, semanticamente, se enriquece pela sua contraposição a "especial", deve-se atribuir à Teoria Geral do Direito a elaboração de conceitos que em relação aos conceitos das disciplinas particulares, como o é, a Teoria Geral do Processo, sejam como o *genus* referentemente à *species*.

Portanto, é não só possível como desejável que se estabeleça uma relação entre a Teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Processo. A Teoria Geral do

23. *A instrumentalidade do processo*. p. 71.
24. *Op. cit.* p. 84-87.
25. *Filosofia Del diritto e teoria generale Del diritto*, in *Studi sulla teoria generale Del diritto.* p. 38.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION966 966 4/10/2007 14:41:56

Direito constitui, no entender de Arruda Alvim[26], a síntese dos resultados das disciplinas particulares, que fixam cada uma delas, os seus respectivos princípios, e objetiva integrar todas essas disciplinas num sistema jurídico uno, por definição, estudando o que há de comum a elas e, assim, necessariamente formando um todo harmônico.

Importante a observação de Fredie Didier Jr, já citada, acerca da leitura da Teoria Geral do Processo à luz da Teoria Geral do Direito. Tal observação é importante, pois, delimita o alcance dos conceitos lógico-jurídicos presentes em ambas; porém o inverso também deve ocorrer, pois quando se trabalha com conceitos *a priori*, como se reconhece desde Aristóteles, os últimos fundamentos para compreensão dos objetos, do ponto de vista teórico, encontram-se nos pensamentos mais concretos ou específicos e depois se eleva a investigação às abstrações. Portanto também a Teoria Geral do Direito deve ser estudada à luz das diversas Teorias especiais do Direito, tal qual o é, a Teoria Geral do Processo, para que seus conceitos não sofram a desconfirmação, nem violem nenhum princípio da lógica.

6. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO – DIMENSÃO PROCEDIMENTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A relação entre Processo e Constituição reside no que Robert Alexy[27] situa como a atual discussão sobre a conexão entre os direitos fundamentais, organização e procedimento, idéias próximas à proposta que Häberle vai buscar na teoria dos quatro status de Jellinek[28], de um *status activus processualis*, que há de referir-se ao aspecto jurídico-processual da liberdade jusfundamental, ao devido processo jusfundamental, bem como à tese de Konrad Hesse, onde a organização e o procedimento resultam ser um meio – possivelmente o único existente – para produzir um resultado conforme os direitos fundamentais.

Alexy[29] (que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações), parte de uma estreita vinculação com uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos com sede na Constituição, no sentido de posições subjetivas individuais justiciáveis, distinguindo-os de normas

26. *Tratado de Direito Processual Civil.* p. 103.
27. *Teoria de los derechos fundamentales.* p. 454 *et seq.*
28. Teoria dos quatro status de Jellinek: Negativo (fazer tudo que a lei não proíbe); Positivo (exigir do Estado aquilo a que está obrigado); Ativo (participar das ações do Estado); Passivo (acatar as ações do Estado). Tese que também é seguida por José Carlos Vieira de Andrade em relação aos direitos fundamentais: Direitos de defesa; Diretos a uma prestação; Direitos de participação. (nota do autor)
29. *Teoria de los derechos fundamentales.* p. 457 *et seq*.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION967 967 4/10/2007 14:41:56

meramente objetivas. Nesse ponto, cria uma nova concepção de organização e procedimento que passa necessariamente pela teoria institucional dos direitos fundamentais.

Os direitos aos procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos a uma proteção jurídica efetiva. Condição de uma efetiva proteção jurídica é que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular. Assim, no âmbito do procedimento, há que relacionar dois aspectos: um procedimental e outro material[30].

Os direitos ao procedimento em sentido estrito servem, em primeiro lugar, para a proteção de posições jurídicas existentes frente ao Estado e frente a terceiros, nesse último aspecto, dentro da proposta de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Hoje, um importante segmento da doutrina alemã, vem defendendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado, em relação aos direitos fundamentais, constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas, entre eles, autores com Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris[31].

Daí a tendência da doutrina constitucional contemporânea em falar de uma dimensão procedimental dos direitos fundamentais, do *status activus processualis* (Peter Häberle), querendo com isso significar a necessidade de compreender os direitos fundamentais *não só estaticamente, ou da perspectiva de seu conteúdo, mas também dinamicamente, através das formas da sua efetivação, através do procedimento*[32]. Dessa perspectiva, contudo, podem-se extrair dois aspectos distintos e correlatos do direito ao procedimento. O primeiro vê a participação no procedimento como sendo, ela mesma, um direito fundamental, pressuposto de concretização dos demais preceitos fundamentais.

Nos termos de José Joaquim Gomes Canotilho[33]: *o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade*. Enxerga o acesso ao procedimento como mecanismo de tutela de outros direitos por meio de regras

30. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* p. 472.
31. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova Interpretação Constitucional*, p. 236.
32. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 93
33. Constituição e déficit procedimental, In: *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 73

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION968 968 4/10/2007 14:41:56

procedimentais. No primeiro caso, o procedimento é proclamado como um local de exercício do direito a tomar parte nas decisões do poder público e, por isso, fala-se em *direitos procedimentais substanciais*, aqui podemos citar a ação popular, a ação civil pública, o *amicus curriae*, dentre outros. No segundo caso, o procedimento aparece como um instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais, falando-se em *direitos procedimentais adjetivos*[34]. O processo judicial envolve ambos os aspectos dos direitos procedimentais.

Ensina Alexy[35] que o conteúdo normativo da teoria institucional dos direitos fundamentais *consiste em uma teoria dos princípios ou dos valores*, pois, como deixa bastante claro em seus trabalhos, todos os direitos fundamentais são princípios: *Característico do conteúdo dessa teoria dos princípios é que nela têm papel todos os princípios em questão, mas, enquanto ao princípio liberal se confere um peso relativamente pequeno, outorga-se um peso relativamente grande aos princípios vinculados com bens coletivos.*

Em matéria de Processo e Constituição, os temas ligados à concretização dos direitos fundamentais adquirem especial relevância em face do caráter instrumental do processo como meio adequado para realização da Lei Fundamental.

Nessa perspectiva o procedimento é um direito fundamental, pois as formas do processo sempre foram vistas como *garantia das liberdades*. Tal relação foi posta às claras por Vittorio Denti[36] ao advertir que a antiga concepção burocrática da função jurisdicional, marcada pela excessiva racionalização do exercício dos poderes do juiz, foi a responsável pela idéia de se criar um modelo único de procedimento. Nessa ocasião, Denti lembrou que Chiovenda, em uma de suas mais famosas conferências[37], não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara *a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais*[38]. Aqui não se defende o rigor como valor desvinculado das demais garantias procedimentais, tampouco dos próprios preceitos fundamentais. Assim, aproxima-se o presente estudo, da perspectiva do formalismo valorativo abordado por Carlos Alberto Alvaro em obra[39] que se tornou referência no assunto.

---

34. V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, cit., p. 94
35. *Teoria de los derechos fundamentales.* p. 545-546.
36. Il processo di cognizione nella storia delle riforme, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993, p. 808. Apud: Guilherme Marinoni, In: *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. p. 6.
37. Giuseppe Chiovenda, Le forme nella difesa giudiziale del diritto, 1901. Apud: Guilherme Marinoni, In: *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. p. 6.
38. *Op. Cit.* p. 808.
39. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION969 969 4/10/2007 14:41:57

Há casos em que numa análise tópico-normativa, o rigor terá que ceder em face de uma norma fundamental, num contexto de ponderação orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como se verá adiante. Para que se adote uma dimensão procedimental adequada ao contexto de concretização de um determinado preceito fundamental, o formalismo terá, necessariamente, que se justificar discursivamente no contexto racional de aplicação desse mesmo preceito.

Para que o processo alcance o máximo de eficiência, na lição de Galeano Lacerda[40], suas regras e rito devem, adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim. Daí falar-se, respectivamente, em adequação subjetiva, adequação objetiva e adequação teleológica.

O art. 265-A do CPC Português estabelece que: *Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações*. Trata-se de uma cláusula geral de adaptação do procedimento, onde se busca a adequação e a efetividade do processo, que em nosso ordenamento jurídico, tornou-se garantia fundamental através da Emenda Constitucional 45 de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

O modo como se tem buscado conciliar os ideais de justiça e paz social, os valores individuais e sociais que permeiam o processo, varia conforme o tempo, o lugar e o grau de cultura e civilização dos povos, como observa Lacerda[41]. Esse grau pode ser aferido pela cultura constitucional, em que o processo se aplica informado pelos valores constitucionais fundamentais.

Segundo José Maria Rosa Tesheiner[42], o processo é uma relação jurídica. Uma relação jurídica complexa: um autor, um juiz e um réu. O autor é credor da sentença, isto é, tem direito a prestação jurisdicional. Nessa relação o juiz se apresenta, tanto em face do autor quanto do réu, como titular de um poder, o poder jurisdicional, a que ambos se submetem. O processo é também um conjunto de fatos, isto é, de atos jurídicos praticados com vistas a um fim determinado. Para se distinguir o processo visualizado como relação jurídica do processo visto

40. *O Código como sistema legal de adequação do processo.* p.165.
41. *Op. Cit.* p. 168.
42. *Elementos para uma teoria geral do processo.* p. 4.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION970 970 4/10/2007 14:41:57

como conjunto de atos tendentes a um fim usa-se, no último caso, a expressão "procedimento".

O processo, sem deixar de ser uma relação jurídica, é também uma seqüência ordenada de atos, em que a eficácia de um pode depender da validade de outro, anterior (CPC, art. 248).

Segundo Calmon[43], o processo é um tipo complexo de formação sucessiva do tipo procedimento. A validade do procedimento, para Calmon, se analisa através do cumprimento da finalidade desse ato complexo, em obediência aos mandamentos constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e das demais garantias constitucionais do processo.

No entanto, vai mais além. A validade do procedimento deve estar aberta à fundamentação constitucional, especialmente à busca da concretização dos direitos fundamentais. O problema é que as normas de direitos fundamentais, como adverte Marinoni[44], não definem a forma, o modo e a intensidade com que um particular deve ser protegido em relação ao outro, ou melhor, como o próprio direito fundamental deve ser tutelado, o que põe em risco especialmente o direito de liberdade da parte contrária. Não obstante, quando é inquestionável que "algo" é devido por um particular para que o direito fundamental seja respeitado, nada impede que se exija a sua imediata observância, ainda que, evidentemente, essa questão deva ser discutida perante a jurisdição à luz dos direitos fundamentais do particular atingido.

Outro ponto importante é a percepção do processo de concretização dos preceitos fundamentais como um procedimento discursivo, onde as regras do discurso prático geral e as regras do discurso prático jurídico devem ser respeitadas, sob pena de desvirtuar o procedimento e iludir o destinatário da norma concretizada. Busca-se uma pretensão de correção, onde a teoria do discurso oferece critérios, em situações específicas para a racionalidade do procedimento que conduz a uma determinada decisão[45].

Importa perceber que a dimensão procedimental da concretização dos preceitos fundamentais deve ser estudada, tanto sob o enfoque da teoria da argumentação e do discurso racional (procedimento discursivo), quanto sob o enfoque

43. *Esboço de uma teoria das nulidades.* p. 88.
44. MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional.* p. 23.
45. Para um aprofundamento sobre o assunto consultar: Robert Alexy: *Teoria da Argumentação Jurídica*; Chaim Perelman: *Tratado da Argumentação*. Schopenhauer: *Como vencer um debate sem precisar ter razão.*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION971 971 4/10/2007 14:41:57

lógico-jurídico e jurídico-positivo (procedimento normativo), num contexto de condicionamento recíproco. Por vezes, até mesmo a questão da verdade, privilegiada na teoria do discurso, pode ceder em face de outros fatores de ordem normativa, cite-se o exemplo do crime de calúnia cometido contra o Presidente da República (art. 138, §3º, II do Código Penal), onde não se admite a exceção da verdade.

Vale lembrar, no entanto, a advertência de Alexy[46] em que não se deve subestimar a função da teoria do discurso jurídico racional como definição de um ideal. Como ideal vai além do âmbito da Ciência do Direito. Os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isto pressupõe uma ordem racional e justa. A questão da racionalidade e da justiça está inserida, tanto no procedimento discursivo, quanto no procedimento normativo, esse último englobando o devido processo legal de produção (processo legislativo) e o devido processo legal de aplicação (processo judicial, administrativo, negocial).

A importância e dignidade constitucional da dimensão procedimental residem na perspicaz observação de Boaventura de Souza Santos[47] de que a sua própria realização é uma condição de efetivação dos demais direitos fundamentais, na medida em que sua denegação acarreta a de todos os demais. Daí a importância de se estudar tanto o processo à luz da Constituição quanto a Constituição à luz do procedimento de concretização de suas normas.

7. SÍNTESE CONCLUSIVA: A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

O estudo da Teoria Geral do processo é fundamental, tanto do ponto de vista didático quanto do ponto de vista epistemológico, pois todo o conhecimento que se constrói ao longo de um curso de graduação e, principalmente, de pós-graduação sofre os reveses das constantes alterações legislativas. Portanto, os conhecimentos fundados em conceitos jurídico-positivos não têm uma base firme, ao contrário do que ocorre nos conhecimentos que se fundam em conceitos lógico-jurídicos, que perduram e moldam a estrutura fundamental de qualquer disciplina jurídica, servindo de ponto de partida para a construção do raciocínio jurídico.

A importância da teoria na construção do conhecimento jurídico está no seu aspecto teleológico, em que se busca conferir a um determinado campo do

46. *Teoria da Argumentação.* p. 281.
47. *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade.* p. 184-185.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION972 972 4/10/2007 14:41:57

conhecimento, unidade, coerência e completude. Para tal, utiliza-se os instrumentos que estão ao seu alcance como a lógica, a argumentação, o discurso racional, a hermenêutica, a semiótica, a zetética, a tópica etc. Acrescente-se, por fim, o viés que liberta o pensamento, a dimensão que conduz à transformação e jamais se tornará servil – a Filosofia. Esses aspectos não podem ser desprezados pela teoria geral do processo, sob pena de se tornar vã qualquer perspectiva da realização dos seus objetivos.

A teoria geral do processo é muito mais que um método de sintetizar conceitos, princípios e estruturas do sistema processual, ela oferece o suporte teórico fundamental à própria atualização e transformação desse sistema com o objetivo de realizar seu escopo fundamental que é a pacificação social com justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales – El Derecho y la Justicia.* Madrid: Centro de Estudios ploíticos y constitucionales, 2002.

ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil – Vol I*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BOBIO, Norberto. Filosofia Del diritto e teoria generale Del diritto, in Studi sulla teoria generale Del diritto. s/d. s/e.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na ciência do Direito. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 6ª ed. Coimbra: Almedina, s/a.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 6ª ed. Salvador: Edições *Jus*PODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido. *Instrumentalidade do Processo.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 1.

ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso.* 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale.* 8ª ed. Milão: CEDAM, 1996.

LACERDA, Galeno. "O Código como Sistema legal de Adequação do Processo". *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinqüentenário*. Porto Alegre: s/ed., 1976.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. (coord.) *Estudos continuados de teoria do processo.* Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION973 973 4/10/2007 14:41:57

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad.* Mexico, DF: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2001, n. 102.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PISANI, Andrea Proto. "Sulla tutela giurisdizionale differenziata". *Rivista di Diritto Processuale Civile.* Padova: CEDAM, 1979, n. 34, p. 536-591.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo.* 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RÚA, Angelina Ferreyra de La e OPL, Cristina González de La Veja de. *Teoría General del Processo.* Córdoba: 2003.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia Del Derecho.* Mexico, DF: Porrua, 1977.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION974 974 4/10/2007 14:41:58

CAPÍTULO XL

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA, ADR, PROSPETTIVE[1]

Vincenzo Vigoriti*

Sommario: 1. La giustizia civile: durata e costo come fattori di controllo dell'accesso. L'avvocatura (cenno) – 2. La domanda di ADR, come aspirazione di gestione e/o soluzione "condivisa" delle controversie. L'arbitrato (rinvio) – 3. La conciliazione. Profili operativi: tentativo facoltativo o obbligatorio – 4. La scelta del conciliatore. Autonomia delle parti – 5. La procedura. Carattere facilitativo e non valutativo del tentativo. La riservatezza. La formalizzazione dell'accordo – 6. Le iniziative dell'Unione Europea. La Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio Europeo (ottobre 2004).

1. Questo scritto commenta un Progetto in corso di realizzazione a cura di alcune Regioni italiane, francesi e spagnole, avente come tema di fondo l'accesso alla Giustizia. Lo scopo dichiarato è quello di promuovere una cultura più ampia ("*wider culture*") in tema di ADR, ma quello effettivo è assai più ambizioso, ed è quello di realizzare ed offrire un'alternativa alla giustizia statale.

Preme subito dire che l'alternativa non è alla giustizia (improponibile non-giustizia), ma a un certo modo di fare giustizia: non un'*alternative à la justice, mais une justice alternative*.

La ragione dell'alternativa generalmente accampata è quella che accedere alla giustizia statale è sì un bene, ormai però quasi irraggiungibile per la durata e il costo dei processi. Parrebbe implicito che se i processi durassero poco, e non costassero nulla, non vi sarebbe necessità di cercare alternative.

Non è così: durata e costo appartengono alla fisiologia e non alla patologia del processo; l'alternativa non è la risposta alla constatazione che i processi durano e costano sempre "troppo", ma è desiderio di diversità, per cui anche se questi elementi fossero trascurabili, in ogni caso vi sarebbe motivo per l'alternativa.

(*) Professor de Direito Processual da Universidade de Florença – Itália.

1. Relazione svolta in occasione della presentazione del volume che raccoglie i lavori del gruppo di lavoro europeo Toscana-Emilia Romagna-Valencia-Aquitaine dedicato alla diffusione dell'ADR nell'Unione europea (Firenze, 13 aprile 2007).

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION975 975 4/10/2007 14:41:58

Senza indulgere in sterili denunce. La nostra epoca intende attuare il principio secondo cui tutti i diritti riconosciuti sul piano sostanziale devono poter trovare sfogo e tutela sul piano processuale, e quella tutela deve essere assicurata dallo Stato. È il portato delle elaborazioni dottrinali, sociali e giuridiche, della seconda metà del XIX secolo, innovativo rispetto alle concezioni secondo cui i diritti erano riconosciuti solo se in concreto tutelabili (*remedies precede rights*), e l'accesso alla giustizia statale era previsto solo per certe controversie (nella *common law*: imposte, proprietà fondiaria, reati maggiori), essendo lasciate le altre all'autotutela, all'intervento di organi locali, appunto alla conciliazione promossa da membri influenti della comunità.

Ne deriva che all'apparato di tutela dovrebbe potere accedere chiunque lamenti una lesione dei diritti (molti e di natura diversa) e che detto apparato dovrebbe essere capace di rispondere in modo adeguato. Di fatto, però, in nessun Paese del mondo è mai stato possibile assicurare una protezione così ampia, mancando sempre e dovunque (anche negli ordinamenti economicamente più fortunati) le risorse per costituire una struttura così accessibile.

Gli strumenti usati per filtrare e ridurre l'accesso alle Corti sono sempre stati quelli della durata, e del costo.

Le elaborazioni sulla durata sono state finora abbastanza approssimative. Tutti convengono che essa è eccessiva, ma nessuno sa indicare quale dovrebbe essere quella ottimale, almeno per categoria di processi. Né sa indicare quale sia la grandezza del contenzioso preso come riferimento e quali dovrebbero essere le risorse da allocare (quanti giudici? quanti cancellieri? quali immobili?). Ovvio poi che riducendo la durata, la domanda di accesso aumenterebbe, in tal modo vanificando gli sforzi compiuti ed imponendone di nuovi, in una rincorsa senza fine.

Naturalmente le regole del processo dovrebbero almeno garantire la massima resa delle risorse allocate: il che non è, in questa fase, in Italia dove convivono 23 riti diversi, tutti corredati da arcigni termini di decadenza, preclusioni, ecc., e nondimeno tutti di insopportabile durata.

La dottrina è impegnata in un'opera di razionalizzazione e miglioramento del diritto positivo. La tendenza è verso un modello di processo diverso da quello che voleva la cura del giudice dall'inizio alla fine, e vicino a quello che prevede la decisione quando il giudice è chiamato a conoscere del rapporto contenzioso. Si fa di tutto per garantire l'effettività della tutela, ampliando il novero dei titoli esecutivi, suggerendo strumenti coercitivi dell'esecuzione, ed altro ancora. Impegno importante, perché razionalizzare per certo porterà a miglioramenti, da cui però più di tanto non si potrà ottenere.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION976 976 4/10/2007 14:41:58

Lasciano dunque perplessi i proclami che annunciano disposizioni tese ad imporre per legge una durata massima del processo in primo grado, una per quello in appello, e una per quello di Cassazione. Che è un'assoluta novità del diritto processuale comparato.

Il discorso sui costi è del pari complesso. Trascurando gli oneri legati all'immobilizzo dei capitali, si distinguono i costi variabili da quelli fissi. I primi sono necessari per procurarsi l'assistenza legale e sono a carico dei privati, ad eccezione di situazioni limite riconducibili alla non abbienza. Anche qui, nessuno ha precisa cognizione dei termini del problema. Quale dovrebbe essere il costo di un processo? Andrebbe rapportato al valore, alla durata, all'attività, o a cosa altro? È sicuro solo che quest'onere non può che essere impegno delle parti, che possono magari (adesso anche in Italia) attivarsi per negoziare il compenso, che resta però da loro, e solo da loro, dovuto.

I costi fissi sono quelli necessari per iniziare e proseguire il processo e sono meno importanti. A partire dall'inizio del XIX secolo, la linea di tendenza è stata nel senso della riduzione del costo della tutela, che adesso effettivamente, in Italia come in Francia e Spagna, è ridotto ai minimi termini.

La scelta è frutto della reazione ottocentesca contro il sistema della "venalité de la justice" (nell'Ancien Régime gli utenti si facevano carico del servizio richiesto, pagando secondo certe tariffe per ogni atto processuale, ecc.), ed è stata condivisa in tutti i Paesi. Di nuovo, però, la gratuità è onere gravoso per lo Stato, che tuttavia non può aumentare i costi senza rischiare pesanti conseguenze negative di carattere sociale e politico.

Si cerca di aggirare l'ostacolo, e si pretende che siano le Corti a dover reperire almeno parte delle risorse loro necessarie, e quindi determinare ed imporre i costi dei processi di cui devono occuparsi. Sono esperienze dell'ordinamento inglese, successive alla riforma di Lord Wolf (anni 90), che suscitano curiosità e meritano approfondimento, proprio perché segnano un'inversione di tendenza e una sorta di ritorno all'antico.

Anche l'avvocatura è in una fase difficile, per l'incrinarsi di antiche certezze e il rifiuto di un ruolo diverso da quello tradizionale. Sono ormai più di 10 anni, che la Commissione europea, la Corte di Giustizia, le Autorità Garanti di tutti i Paesi europei sostengono che ogni avvocato offre un servizio (nozione in cui si include tutto quello che non è un bene) in cambio di un compenso economico, e che per questo egli deve essere considerato impresa, e in quanto tale soggetto al relativo regime. I valori immateriali insiti nell'attività forense sono riconosciuti, ma cedono a quelli mercantilistici, da ritenere prevalenti. Di qui l'imposizione

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION977 977 4/10/2007 14:41:58

della normativa comunitaria e nazionale sulla libertà di concorrenza, e l'assoggettamento a regole di mercato in precedenza estranee alla professione. E quello imprenditoriale è ormai il quadro di riferimento di innumerevoli provvedimenti europei sulla professione, recepiti ed attuati con disagio in Italia, come in Francia e in Spagna.

Non è il caso di soffermarsi sulle disposizioni italiane che nel 2006 hanno abolito il carattere obbligatorio delle tariffe forensi, ampliato il regime della pubblicità, e ammesso patti di quote lite (no win–no pay). Magari può confortare il rilievo che le regole appena introdotte in Italia sono da tempo conosciute negli ordinamenti europei (esempio, in Francia e in Spagna), e che l'avvocatura di quei Paesi con le stesse convive senza particolari problemi.

Comunque, trascurando il contingente, il mutamento pare davvero epocale e le implicazioni sono ancora tutte da verificare sul piano dell'accesso alla giustizia, che proprio da quella visione potrebbe essere sacrificato.

Nell'insieme, l'organizzazione dell'apparato di tutela è problema assai complesso. Lo Stato è costretto a fare promesse di efficienza, tempi brevi, gratuità, che semplicemente non potrà mai mantenere. Le aspettative dei singoli saranno talvolta esagerate, magari perché basate su leggi di carattere solo promozionale e di scarsa effettività, ma resta che il diniego opposto è netto e pare davvero non criticabile che si cerchino alternative.

2. Sarebbe però ingiusto pensare che la pressione ovunque esercitata a favore dell'ADR sia mossa solo dal desiderio di ridurre i costi o la durata dei processi, o che l'alternativa vada incoraggiata perché utile ad alleggerire il carico delle Corti. Risparmi, celerità, ecc., saranno conseguenze positive dell'alternativa, ma il discorso non può essere condotto solo in termini così riduttivi e settoriali. Il quadro di riferimento è sempre quello dell'accesso alla giustizia, e della tutela dei diritti , e l'ADR ad esso accede. Con un senso preciso: quello di proporre una gestione **condivisa** della controversia. Il *proprium* dell'istituto sta esattamente in questo: non si tratta di vincere o perdere, di negoziare con giovamento o meno, ma di **partecipare** alla gestione della controversia, evitando l'estraneità dei processi, ormai sempre più fonte di alienazione.

La **condivisione**, fondamento dell'ADR si realizza in due modi:

1) Nell'arbitrato, dove si ha scelta dei soggetti a cui affidare la decisione della controversia, attribuendo agli stessi ampia autonomia sul piano procedimentale. La decisione è imposta e non concordata, ma quasi sempre le parti si

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION978 978 4/10/2007 14:41:58

impegnano in anticipo a considerarla definitiva. Che è rinuncia impensabile nel processo ordinario.

2) Nella conciliazione, e precisamente nell'esperimento di tentativi di composizione non contenziosa, facilitati dall'assistenza di terzi, con la garanzia che nessuna soluzione potrà essere imposta dall'esterno, dovendo sempre essere dettata fra gli interessati (conciliazione, *mediation*).

Anche sulla conciliazione e/o *mediation* è stato detto molto, ma l'istituto ha attirato l'attenzione in un'epoca più recente, e forse risulterà utile precisare alcuni aspetti e impegnarsi a suggerire soluzioni concrete sul piano operativo.

3. Si usa il termine "conciliazione"; *conciliation* in francese, *mediación* in spagnolo, e *mediation* in inglese. A rigore in italiano il termine "mediazione" non è corretto perché designa l'istituto di cui all'art. 1754 c.civ. Sarà difficile però resistere alla trasposizione e non è affatto escluso (anzi) che alla fine prevalga la traduzione letterale del termine inglese, e quindi "mediazione". In tutti i casi si vuole comunicare l'esperimento di un tentativo di comporre una controversia tramite un'intesa liberamente raggiunta, su un piano di parità tra le parti. Non è conciliazione quella di chi cede ad un atto autoritativo, o di chi è costretto a subire la prepotenza economica o sociale di controparte.

La composizione può avere per oggetto il solo rapporto litigioso, oppure anche altri rapporti; può essere l'occasione per costituirne di nuovi. Insomma prevenire e innovare nell'ambito dell'autonomia privata.

Il tentativo può essere facoltativo, e quindi lasciato alla disponibilità delle parti dopo l'insorgere della controversia, oppure obbligatorio, perché imposto dalla legge, o perché convenuto fra le parti prima dell'insorgere della controversia.

Il sistema italiano ha assunto un orientamento deciso a favore dell'obbligatorietà del tentativo, adesso previsto da varie disposizioni di legge. Il vincolo può essere imposto in momenti diversi (quasi sempre prima del processo) e il tentativo deve essere guidato da un terzo. L'opzione è da condividere, perché sembra utopistico confidare sulla disponibilità delle parti quando la controversia è già insorta e i rapporti si sono deteriorati.

In effetti, accade spesso che, pur avendo le parti in precedenza contrattualmente convenuto di esperire il tentativo prima di assumere iniziative litigiose, una di esse decida invece di agire subito in giudizio, disattendendo l'impegno. Il che finora poteva al massimo fondare una richiesta di danni (difficili comunque persino da immaginare), ma certo non una domanda di sospensione del processo

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION979 979 4/10/2007 14:41:59

già iniziato, con l'imposizione di tentare la sistemazione consensuale. Si potrebbe invece dire che, se una delle parti dovesse sollevare l'eccezione, il giudice dovrebbe imporre ai contraenti di procedere come pattuito, e quindi officiare qualcuno (ente o persona fisica qualificata) che conduca il tentativo. E questo in nome della volontà contrattuale (che fu poi la giustificazione principale per applicare l'art. 810 c.p.c. all'arbitrato irrituale), e dell'interesse generale ad evitare o comporre le controversie. Del resto, analoga indicazione viene dal contenzioso societario, dove è appunto previsto che se il contratto o lo statuto contengono una clausola di conciliazione, il giudice, su istanza di parte, può sospendere il processo ed ordinare che si proceda al tentativo non esperito.

4. Il compito di promuovere la conciliazione deve poter essere devoluto dai paciscenti a chiunque, nell'ambito della loro autonomia negoziale.

In concreto, risulta complicato per le parti individuare i soggetti a cui affidarsi, per cui è prassi che gli enti che promuovono l'ADR offrano loro i necessari supporti. Esistono infatti innumerevoli centri, comitati, sportelli, camere, associazioni, che segnalano disponibilità, organizzano, promuovono, aiutano in tutti i campi.

L'offerta è ampia, fin troppo per la verità, sembrando che talvolta i c.d. mediatori siano solo capaci di qualche suggerimento dettato da semplice buon senso. Il problema della preparazione dei conciliatori/mediatori è invece centrale: trattandosi di controversie giuridiche verrebbe da pensare che i tentativi vadano gestiti da giuristi (che dovrebbero saper redigere contratti, scritture private, promesse, rinunce, ecc.), senza però aprioristiche esclusioni.

Il profilo è fondamentale, perché, da un lato, se la conciliazione viene gestita da soggetti inesperti, mancherà alle parti quell'assistenza di cui avrebbero bisogno.

Dall'altro, però, l'autonomia non può essere vincolata più di tanto, e non pare legittimo pensare di mortificare l'iniziativa dei paciscenti, necessariamente costringendola ad un percorso burocratico (enti pubblici o privati, iscrizione in registri tenuti da qualche Ministero, ecc. come ad esempio in Italia nelle controversie societarie). Il che per di più potrebbe venire ritenuto lesivo di quella libertà di concorrenza che la Commissione europea continua ad opporre a qualunque regola che limiti l'accesso al mercato dei servizi.

Ampliare lo spettro delle scelte, magari consentendo l'eleggibilità dei membri delle categorie professionali da sempre impegnate nella gestione delle controversie sociali potrà giovare, specie se si riesce a garantire un qualche

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION980 980 4/10/2007 14:41:59

supporto giuridico. Per di più, l'ampliamento dovrebbe servire anche a soddisfare l'esigenza che il tentativo venga esperito in tempi brevi, condizione questa essenziale per mettersi al riparo da obiezioni incentrate sul differimento dell'accesso alla giustizia. Fermo, però, che non è il caso di precostituire altri "tribunali", e che l'individuazione del conciliatore va sfrondata da orpelli burocratici.

5. L'accesso agli organi di conciliazione è sempre informale e le procedure non sono costose. Diversa è l'ipotesi in cui parti, coinvolte in controversie importanti sul piano del valore, richiedano l'ufficio di professionisti specializzati.

Sul piano dell'esperienza non solo italiana, i tentativi si svolgono entro limiti temporali abbastanza ristretti (un giorno), estendibili, se necessario, per casi complessi oppure se l'accordo pare vicino. Il mediatore ascolta le parti in presenza l'una dell'altra, poi conferisce con loro separatamente, e quindi di nuovo congiuntamente. Talvolta si ammette la produzione di una memoria (di consistenza limitatissima) e di qualche documento. Il mediatore propone una o più soluzioni, che discute con le parti illustrandone il contenuto e i vantaggi.

La conduzione del tentativo non è sempre facile. Talune clausole attribuiscono al mediatore la facoltà di interrompere subito il tentativo, se egli ritiene che una delle parti non abbia un vero interesse all'esito positivo, oppure usi del procedimento per individuare gli argomenti avversari, oppure ancora agisca in modo fuorviante per controparte.

Due cose sono fondamentali e devono essere chiare.

La prima: il *mediator* non è un giudice. Il suo compito non è quello di accertare il fondamento delle pretese, e quindi dei diritti, ma di condurre le parti a convenire una sistemazione del conflitto in una visione globale della loro relazione. Il conciliatore che nutrisse la pretesa di giudicare, e che volesse imporre invece di convincere, eserciterebbe una funzione che non gli appartiene, anzi addirittura lesiva, per il rischio di sommarietà e improvvisazione.

La seconda: nel caso d'esito negativo, e quindi di azione in giudizio, la riservatezza sul tentativo, sulle concessioni che le parti reciprocamente erano disposte a farsi, su quanto insomma è accaduto deve essere totale. Il divieto di diffusione riguarda in primo luogo i litiganti, che però ad esso possono derogare di comune intesa, nell'ambito dell'autonomia loro spettante.

Per quanto concerne il mediatore, il discorso è più complesso, suggerendo alcuni che egli dovrebbe mettere il giudice a conoscenza della proposta fatta e delle reazioni di ciascuna parte; dicendo altri, invece, che il mediatore non

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION981 981 4/10/2007 14:41:59

dovrebbe andare oltre la semplice comunicazione del mancato buon esito del tentativo. Si osserva poi che, mentre alcuni mediatori (esempio, gli avvocati) possono opporre alle richieste del giudice il vincolo del segreto professionale, altri non potrebbero farlo: di qui un vantaggio per i primi, che le parti potrebbero essere indotte ad officiare esattamente per tal motivo. Si domanda, infine, se i mediatori possono essere chiamati a testimoniare, a favore di una parte contro l'altra, in merito alla mancata conciliazione.

I tentativi si fanno seriamente solo quando sussiste la garanzia della riservatezza, per cui una parte non ha da temere che la concessione di oggi sia di pregiudizio domani: la scelta di fondo deve essere quella che il tentativo si fa, ma che se fallisce non vi è timore di inaspettate negatività. E dunque nessuna relazione finale, nulla sulla posizione delle parti, nessuna testimonianza, da ritenere tecnicamente irrilevante non vertendo sui fatti di causa, ma solo sull'atteggiamento delle parti.

Nel caso in cui sia il giudice a proporre una soluzione transattiva, si parla di sanzionare le parti (entrambe o una sola) per il rifiuto di accordarsi. La sanzione dovrebbe insistere sul piano delle spese, e venire imposta su colui che, pur vincitore, finisce con l'ottenere più o meno lo stesso risultato che aveva rifiutato in sede di conciliazione. Il suggerimento non convince, perché la condanna alle spese segue la soccombenza, e la riduzione è ammessa solo per la soccombenza parziale. Né sarebbe possibile aggirare le regole evocando la generica nozione di comportamento delle parti a cui più di tanto non si può chiedere. Fra l'altro, nell'esperienza, le ragioni del rifiuto possono essere le più varie (esempio, nelle imprese più grandi si preferisce spesso che un onere sia conseguenza dell'imposizione del giudice, piuttosto che il risultato di un accordo) e non si vede perché il loro esercizio vada colpevolizzato.

Qualora il tentativo abbia successo, l'accordo fra le parti verrà formalizzato in un documento di valenza contrattuale. Il piano della conciliazione è quello dell'intesa e non quello della forza, e il terreno pattizio va considerato di elezione naturale.

Si propone di rafforzare l'efficacia dell'accordo attribuendo al titolo valenza esecutiva. L'aspirazione all'efficienza è condivisibile, ma non è di facile attuazione.

Soprattutto non lo è in tutti quei casi in cui le parti non conciliano il solo rapporto fra loro esistente, ma regolano più rapporti, magari instaurandone altri. Il che accade sovente quando le parti sono imprese, ed una si impegna a garantire uno sconto sul prezzo di una prossima fornitura, a permettere la partecipazione

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION982 982 4/10/2007 14:41:59

ad una gara, ad eliminarla da una black list, e così via, con grande varietà di ipotesi. Qui l'accordo va formalizzato in più modi, con scritture private, lettere di intenti, e altro, in un quadro più complesso di un semplice rapporto bilaterale, sistemabile con un titolo esecutivo di matrice stragiudiziale.

6. L'interesse dell'Unione europea per l'accesso alla giustizia e per la diffusione dei sistemi di ADR è noto. Fra le manifestazioni più significative, va indicata la Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo sulla conciliazione in materia civile e commerciale, diffusa nell'ottobre 2004, destinata a regolare situazioni a carattere transfrontaliero, ma in realtà tesa al raggiungimento di più vasti obiettivi. Nella Relazione (1.2) si legge: "la Commissione ritiene che l'introduzione dello specifico requisito delle implicazioni transfrontaliere invaliderebbe gli obiettivi della direttiva proposta e sarebbe controproduttivo per il corretto funzionamento del mercato interno. La direttiva deve pertanto applicarsi a tutte le situazioni indipendentemente dalla presenza di elementi transfrontalieri al momento della mediazione o al momento del procedimento giudiziario."

La Proposta tratta solo del tentativo facoltativo di conciliazione, con esplicita salvezza delle legislazioni nazionali che dovessero rendere "il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario", fermo comunque l'accesso alla giustizia statale (art. 3 (2)).

Unica, modestissima, concessione all'obbligatorietà è quella che il giudice della causa possa chiedere alle parti di coinvolgere un **mediator** esterno, suggerendo loro (non obbligandole) di tentare la conciliazione con il di lui aiuto. In ogni caso, le parti possono essere invitate a partecipare ad una seduta informativa sui vantaggi dell'istituto (art. 3 (1)).

Il tentativo che in alcuni Stati i giudici debbono esperire all'inizio della causa non rientra nell'ambito della conciliazione, essendo in genere ritenuto solo strumento di gestione del contenzioso (art. 2 (a)). Lo stesso vale per i tentativi che i giudici possono decidere di effettuare direttamente nel corso dei processi loro affidati.

La disciplina promossa dal documento europeo è in linea con quella qui tratteggiata. Si dice che l'incarico di guidare il tentativo di conciliazione può essere affidato a chiunque, senza preclusioni, conformemente ai suggerimenti ricevuti dopo la pubblicazione del Libro Verde (Relaz. 1.1.1.). Nel luglio 2004 è stato diffuso a livello comunitario, una sorta di Codice deontologico per gli operatori del settore **(Code of Conduct for Mediation in the EU)**, le cui indicazioni per

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION983 983 4/10/2007 14:41:59

ora sembrano solo di massima. A sua volta, la Proposta auspica " lo sviluppo di un codice di condotta", (art. 4 (1)) e formula il generico auspicio che gli Stati promuovano la formazione dei mediatori (art. 4(2)).

Il documento dichiara di non voler prendere posizione in tema di svolgimento della mediazione, auspicando iniziative autonome in tal senso (Relaz. 1.1.1.). Assolutamente ovvio che le parti dovranno avere un'effettiva possibilità di spiegarsi e proporre, in contraddittorio fra loro e con il mediatore. La garanzia di correttezza sta nel fatto che gli interessati sono chiamati ad esprimersi e consentire su proposte concrete, che hanno pieno diritto di conoscere prima e in dettaglio. Se ritengono che il procedimento non sia stato adeguato sarà facile per loro rifiutare il consenso, facendo fallire il tentativo.

La decisione di procedere al tentativo sospende i termini di prescrizione o decadenza relativi alla controversia specificamente dedotta (art. 7). Il linguaggio della norma non è chiarissimo; si parla di sospensione "successivamente al sorgere della controversia" ("after the dispute has arisen") volendo comunque dire che l'ipotesi considerata è quella che non vi sia ancora un'iniziativa giudiziaria, che da sola comporta l'interruzione dei termini.

Si tratta di una disposizione che ha un evidente scopo promozionale e per questo apprezzabile, ma che dovrà essere riscritta ed adeguata alle varie legislazioni nazionali. Per esempio, precisando qual è l'atto capace di provocare l'effetto sospensivo, ed esattamente di che cosa, quale quello che implica la ripresa del decorso del termine, e così via.

Sempre nell'ottica promozionale si colloca la previsione dell'attribuzione di efficacia esecutiva agli accordi transattivi. Anche qui, l'intento è condivisibile, ma la tecnica risulta eccessivamente approssimata. L'art. 5 parla di un impegno degli Stati membri a garantire che gli accordi presi possano venir confermati "tramite sentenza, decisione, dichiarazione di autenticità o qualunque altra modalità da un tribunale o da una autorità pubblica che renda l'accordo esecutivo similmente ai provvedimenti giudiziari emessi in base al diritto nazionale, purché l'accordo non sia contrario al diritto europeo e al diritto nazionale dello stato membro ove la richiesta è presentata." Qui davvero c'è tutto da fare.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION984 984 4/10/2007 14:42:00

CAPÍTULO XLI

POR UMA FILOSOFIA PROCESSUAL DO DIREITO

Willis Santiago Guerra Filho*

Sumário: 1. Introdução: direções para o desenvolvimento da Filosofia do Direito – 2. Que é mesmo a Filosofia? – 3. Por uma Filosofia do Processo – 4. Filosofia do Processo, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e Teoria do Direito – 5. Filosofia do Processo, Teoria Geral do Processo e Teoria do Processo – 6. Conclusão: a tendência atual da procedimentalização do direito (a se refletir em uma possível filosofia jurídica processual).

1. INTRODUÇÃO: DIREÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DA FILOSOFIA DO DIREITO

O que é ainda de se esperar da filosofia em uma época de predomínio do pensamento técnico-científico? Uma reflexão sistemática, em sintonia com o pensamento que outros manifestaram, sobre **temas residuais**, dos quais não pode dar conta o pensamento científico, por algum dos seguintes motivos:

(a) Por não ser matéria adequada à reflexão levada a cabo pelas ciência, em virtude do modo mesmo como essa se estrutura, enquanto forma de produzir conhecimento. Entre essas matérias aparece aquelas que podem ser consideradas centrais em filosofia do direito, envolvendo toda problemática relativa aos **valores** e, especificamente, aquele da **justiça**.

(b) Por cuidar de problemas criados para o homem pelo desenvolvimento das ciências e técnicas delas extraídas, tais como a destruição do meio ambiente e a produção de armas de extermínio, que ameaçam a própria vida sobre a Terra, ou a manipulação genética do material biológico, humano ou não, e a crescente interferência médica na constituição natural do ser humano (inseminação artificial, mudança de sexo, transplante de órgãos etc.).

(c) Por envolver o questionamento a respeito do próprio conhecimento científico, das condições que o possibilitam e do balizamento de seus limites, demarcando

(*) Professor Titular de Direito Processual Constitucional e Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION985 985 4/10/2007 14:42:00

o seu território, hoje tão vasto, mas ainda circundado (e influenciado) por outros modos de aquisição de conhecimento, mais antigos como são a filosofia, a arte, a religião, a mitologia e, pelo menos em (grande) parte, o direito.

(d) Por demandar uma meditação globalizante sobre o momento histórico em que vivemos, para se poder alcançar um entendimento sobre nosso presente e dos possíveis mundos futuros que se nos apresentam. Essa perquirição do futuro e o caráter indiviso de seu objeto são características que, reconhecidamente, são incompatíveis com o pensamento científico. Vale notar, aqui, ser o desenvolvimento desse ponto que fornece a "quadratura" dentro da qual se há de desenvolver a reflexão sobre os demais.

A partir de cada um desses pontos é que se pretende indicar direções para se trabalhar em filosofia do direito de uma forma que esteja à altura do momento histórico que vivemos.

Iniciando pelo último dos pontos acima mencionados, partiremos da pressuposição de que, na segunda metade do século em curso, ingressamos em uma fase histórica diversa daquela que HEGEL, no princípio do século passado, chamou de **moderna**. Estaríamos, então, vivendo na **pós-modernidade**, devido ao modo radicalmente diverso como se organiza, econômica e politicamente, a sociedade egressa da modernidade, com uma correlata mudança no conjunto de crenças e pressuposições que formam a mentalidade dos que a compõem, bem como pela natureza dos problemas que nela se apresentam, alguns dos quais já foram referidos aqui. Assim, com referência ao ponto (c), tem-se a falência da idéia, tipicamente moderna, de que o conhecimento científico forneceria ao sujeito a **verdade** sobre os objetos que se colocavam diante dele, como se estivessem radicalmente separados, o sujeito cognoscente e os objetos cognoscidos, e fossem esses últimos independentes das determinações das faculdades cognitivas e afetivas do primeiro. Isso acarretou não só a revalorização de formas "pré-modernas" de pensamento, como a retórica, enquanto doutrina do discurso razoável e persuasivo, e a hermenêutica, com seu intuito de compreender, mais do que explicar. Deu-se também o aparecimento de novas propostas para se trabalhar cientificamente, enfatizando a interdisciplinariedade, o aspecto "holístico", como o emprego de modelos em que a oposição básica entre sujeito/objeto é substituída, por exemplo, por aquela entre "sistema" e "ambiente", como na teoria dos sistemas, descendente da cibernética, formas tipicamente pós-modernas de pensamento científico. Assumem maior destaque, igualmente, nesse contexto, posturas científicas que não descuidam da inserção do conhecimento produzido pela ciência em dada sociedade, com estruturas de poder que determinam essa produção, tal como fazem aquelas que se apresentam como **críticas**, frente ao

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION986 986 4/10/2007 14:42:00

positivismo reinante no terreno científico. Também se pode mencionar como um signo da "mudança de paradigmas" em ciência o aparecimento e importância crescente das investigações psicanalíticas do inconsciente, o qual não se pode deixar de levar em conta para entender concretamente o sujeito cognoscente, que só enquanto abstração está livre de suas determinações.

Tais colocações fornecem indicativos para aquela que seria a primeira tarefa a enfrentarmos em nosso estudo de filosofia do direito, correspondente ao ponto (a), acima referido, que se pode qualificar como um estudo de **epistemologia jurídica**. Nesse se haverá de abordar, em suas co-implicações, diversos modos de conhecer o direito, a começar pela própria filosofia do direito, passando pela teoria do direito, entendida como diversa da teoria "geral" do direito, chegando ao questionamento de como se poderia configurar uma **ciência** do direito, definindo seu objeto de estudo e a metodologia a ser empregada para efetivá-lo, a partir de diversas propostas a respeito.

Pode-se, então, diferenciar entre **posturas analíticas**, de tradição positivista e neo-positivistas, sendo próprio dessas últimas o tratamento do direito como fenômeno linguístico, a ser estudado por disciplinas recentes como a teoria da comunicação, a semiótica e a lógica deôntica; ou por outras, não-formais, isto é, **materiais**, já antigas, como a retórica e a tópica, preferidas por quem, abandonando a postura meramente analítica, assume o caráter prático da ciência jurídica, enquanto disciplina que se presta não só a compreender, mas também, e principalmente, orientar a conduta humana, através das normas que estuda: nessa linha se situariam jusfilósofos como THEODOR VIEHWEG.

A essas posturas analíticas, formais e materiais, pode-se acrescentar **posturas críticas**, que sugerem uma concepção da ciência do direito como transformadora da sociedade onde ele se insere, bem como aquela postura que defende como legitimamente científico apenas o estudo do direito na forma de uma **ciência social**.

No âmbito dessa reflexão epistemológica cabe também estudar a **hermenêutica**, por ser a interpretação o meio pelo qual o jurista conhece o direito. Nesse passo, deve-se buscar situar a hermenêutica especificamente jurídica – cujo principal sistematizador, não por acaso, foi aquele que com primazia defendeu a necessidade de se constituir uma ciência jurídica, ou seja, F. C. VON SAVIGNY –, em um contexto mais amplo, onde a hermenêutica aparece como uma tradição filosófica extremamente antiga, que remonta aos gregos, mantida viva em disciplinas outrora de importância capital, como a teologia, ganhando novo impulso, após a vitória do racionalismo cartesiano, com a tentativa de se desenvolver uma metodologia específica das chamadas ciências humanas, diversa daquela

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION987 987 4/10/2007 14:42:00

das ciências naturais, ao que se associa nomes como os de WILHELM DILTHEY e MAX WEBER. A hermenêutica vem a ocupar um lugar central no pensamento de filósofos contemporâneos, como HEIDEGGER e, principalmente, de seu discípulo, H.-G. GADAMER, ou o filósofo francês PAUL RICOUER, bem como em concepções epistemológicas "pós-modernas", a exemplo daquela apresentada pelo português BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, sociólogo do direito, em diversas de suas obras. Também não se pode ignorar os desenvolvimentos da hermenêutica nos estudos de crítica literária, que muito bem podem refluir para o estudo do direito, não sendo a toa que o mais recente movimento jusfilosófico nos E.U.A. propõe uma aproximação entre o direito e a literatura.

Um aspecto do direito na pós-modernidade que necessariamente haverá de ser examinado é o de sua crescente **procedimentalização**. Isso significa que a natureza dos problemas que se colocam para serem resolvidos pela regulamentação jurídica seriam de um ineditismo e complexidade tais que o modo principal de resolver problemas jurídicos na modernidade, através da legislação, com suas normas gerais e abstratas, feitas a partir de espécies de fatos ocorridos no passado e para regular toda uma série indeterminada de fatos semelhantes a ocorrerem no futuro, se mostra como disfuncional. Daí a necessidade crescente de se desenvolver a **dimensão processual** do direito, em que se tem normas para permitir, em toda e qualquer hipótese, a aplicação de outras normas, para solução dos problemas jurídicos, ainda que se tenha de lançar mão de normas sem um referência direta a espécies de fatos, mas sim a valores, como é o caso das normas constitucionais consagrando direitos fundamentais.

Nesse ponto, tocamos em problemas cruciais, colocados para o pensamento jusfilosófico, na medida em que a forma judicial de atuar o direito passa a ter mais importância, diante da forma legislativa, exigindo uma maior reflexão sobre aspectos processuais do direito, ao ponto de se poder propor desenvolver uma **filosofia do processo**. Também se é levado a repensar a concepção tradicional sobre como se organiza o poder estatal, onde o processo adquire maior relevância no exercício das demais funções, além daquela judicial, enquanto essa última, ao mesmo tempo, passa a assumir um peso bem maior do que aquele que tradicionalmente se lhe atribui, na divisão e equilíbrio com as demais.

Nesse contexto, vale retomar um dilema, já tradicional na moderna filosofia jurídica, entre a **decisão** ou a **norma** como forma principal de manifestação do direito. Importante, nesse contexto, é a contribuição da filosofia do direito anglo-americana para a compreender a diversidade de normas que compõem o ordenamento jurídico, sendo aqui de se lembrar os nomes de H. L. A. HART e RONALD DWORKIN.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION988 988 4/10/2007 14:42:00

Também caberia, nesse momento, uma reflexão sobre como o ordenamento jurídico se estrutura enquanto um sistema **auto-referencial** e **autopoiético**, onde se produz normas aplicando outras normas. O marco teórico para essa reflexão é a teoria dos sistemas desenvolvida por NIKLAS LUHMANN, que em seu estado atual toma de empréstimo a noção de "autopoiese" à "biologia do conhecimento" do chileno HUMBERTO MATURANA.

Finalmente, não se pode descurar de uma possível conseqüência epistemológica do maior destaque assumido pela função judicial e decisória em geral, no direito, que representaria a preocupação crescente com a **argumentação.**

Quanto à temática suscitada em (a), *supra*, surge como tema de estudo a chamada **teoria da justiça**, recentemente revificada pela importante obra de JOHN RAWLS, "Uma Teoria da Justiça". Em correlação aos novos estudos de teoria da Justiça é importante que se estude os desenvolvimentos contemporâneos da chamada "meta-ética", onde se toma a ética como objeto de um estudo analítico, fundamentado pelo racionalismo crítico de POPPER, pela doutrina do agir comunicativo de JÜRGEN HABERMAS ou por teorias da argumentação, como a de ROBERT ALEXY.[1]

Apontadas algumas direções que os estudos de filosofia do direito podem se desenvolver, hoje em dia, sigamos algumas delas, no correr do presente trabalho, especialmente aquela que aponta no sentido de uma reflexão centrada nadimensão processual do direito. Antes, porém, ainda a título introdutório, pareceu-nos necessário fornecer uma posição mais clara a respeito do modo como concebemos a filosofia, em geral.

2. QUE É MESMO A FILOSOFIA?

Não oferece maior dificuldade apresentar um conceito de filosofia, meramente operacional, que seja mais uma resposta, espontânea, intuitiva, à questão do que se pode esperar da filosofia, de um pensamento filosófico, em uma época cuja forma de pensamento dominante é aquele técnico-científico.

Poderíamos tomar essa resposta como síntese da concepção aqui buscada, e passar agora a desenvolvê-la, analisar seus componentes, traçando como que um círculo, tendo-a como ponto de partida e de chegada, círculo esse em que "aprisionaríamos" a filosofia, de modo a poder mostrá-la, tê-la exposta diante

1. Uma exposição sumária do *status discussionis* a respeito se tem em CARLOS SANTIAGO NINO, *El Constructivismo Ético*, Madri: Tecnos, 1989.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION989 989 4/10/2007 14:42:01

de nós. Não optarei por esse caminho, embora devamos cruzá-lo em nosso percurso. Isso porque nós também ficaríamos presos ao que determinou a pergunta, de que o conceito apresentado é uma resposta, e essa pergunta (1º) determina um esclarecimento do que seja a filosofia em relação a um só tipo de saber, aquele designado como técnico-científico, quando aqui se pretende captar o que seja a filosofia em geral; (2º) indaga da utilidade do pensamento filosófico, tomando como subentendido que essa utilidade existe, pela evidência de que há uma utilidade do conhecimento técnico-científico, com o qual se comparou o pensamento filosófico, quando a utilidade desse último (e mesmo o seu caráter cognitivo, como veremos adiante) é questionada e, inclusive, negada, seja em um sentido positivo, em que essa utilidade seria um atributo desabonador, como para os antigos filósofos gregos, a exemplo de ARISTÓTELES, seja em sentido negativo, como nas filosofias cientificistas contemporâneas. Em terceiro lugar, se pergunta o que representaria a filosofia em uma determinada época histórica, a nossa, o que não favorece a obtenção de um conceito que a ela se aplique em épocas passadas.

A pergunta, então, que aqui devemos formular, de molde a permitir nos livrarmos de limitações como aquelas que viemos de assinalar, a fim de podermos captar o que seja a filosofia com a amplitude máxima desejada, só pode ser: **que é filosofia?**

Ao fazermos essa pergunta, somos projetados diretamente para dentro da filosofia, ou seja, somos levados a filosofar, pois, como pretendemos demonstrar em seguida, o que teria marcado o surgimento da filosofia seria precisamente a colocação dessa pergunta sobre o Ser, sobre o Ser do que é (= os entes, as coisas) e, posteriormente, sobre o Ser em si mesmo considerado, como diverso do não-Ser. A primeira dessas indagações aparece historicamente naqueles pensadores que formaram a chamada Escola Jônica, na Grécia do séc. V a. C., encabeçada por TALES DE MILETO, seguido por ANAXIMANDRO e ANAXÍMENES, que com ela desenvolveram um estudo de **física**, ao procurar estabelecer o(s) princípio(s) que governava(m) a organização cósmica, ou, para utilizar seu próprios termos, a *arkhé* da *physis* (donde sua qualificação como "físicos"). A segunda pergunta aparece no famoso poema de PÂRMENIDES, e instaura um tipo de reflexão que, posteriormente, se passará a chamar de **metafísica**.

Ao perguntar "que é filosofia?", como se vê, somos levados para a companhia dos primeiros filósofos, daqueles que procuraram oferecer resposta a perguntas semelhantes, sem para isso empregar elementos de natureza mitológica, religiosa, etc. Essa possibilidade de estabelecer um **diálogo** com outros pensadores a respeito do tema que nos ocupa foi desde sempre um dos traços distintivos da filosofia.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION990 990 4/10/2007 14:42:01

A pergunta por "que é isto, a filosofia" não só nos remete aos primeiros filósofos, mas também a outros, bem mais próximos de nós, no tempo e no espaço. Isso porque essa pergunta, nesses precisos termos, foi colocada pelo grande filósofo contemporâneo MARTIN HEIDEGGER, com quem muito temos a aprender sobre ela. Por outro lado, se dissemos que é próprio da filosofia indagar "que é isto: um ente" e "que é que é Ser", e se fazemos a pergunta se voltar sobre ela mesma, a filosofia, perguntando "que é isto, a filosofia, que indaga sobre que é isto e aquilo ou o que é que é Ser", então estamos nos propondo a "discorrer filosoficamente sobre a filosofia".

Nesse momento, pode-se notar certos atributos da filosofia que a distinguem claramente da ciência - pelo menos tal como tradicionalmente é praticada: (1º) sua **reflexividade**, o que significa que ela, a filosofia, se coloca como objeto a ser conhecido por ela própria, e, talvez como consequência da colocação de um problema dessa natureza, aquilo que se pode denominar como (2º) sua **circularidade**, para indicar o fato (apontado, exemplarmente, por KARL JASPERS, em obra de introdução à filosofia) de que não há, em filosofia, como há na ciência, um "progresso do conhecimento", pois sempre se volta às mesmas questões, que em tempo e lugar diversos requerem respostas diversas, sem que, por isso, perca-se o interesse pelas respostas dadas pelos filósofos de outros tempos e lugares; muito antes pelo contrário, pois dessas respostas, ao se recolocar as perguntas que a suscitaram, se extrai esclarecimentos antes ainda não percebidos.

O incluir até a si mesma como objeto de estudo indica outra característica da filosofia, sempre lembrada por quem a pratica, que se pode nomear como uma busca da **totalidade** das explicações, isto é, de a tudo pretender explicar, numa investigação globalizante, ao contrário da ciência, com sua marcada tendência à especialização (e conseqüente fracionamento) do conhecimento. Finalmente, vale destacar que, por essa circunstância de a filosofia colocar a si mesma como uma questão para ela resolver, que por isso é que ela assume um **caráter aporético**, pois as aporias, tal como aparecem no pensamento dos filósofos pré-socráticos da Escola Eleática (XENÓFANES, PARMÊNIDES e ZENON), são questões que têm a si mesmas como objeto, donde não se poder realmente solucioná-las: dizer que se chegou a essa solução se assemelha à bravata do BARÃO DE MÜNCHHAUSEN, que teria conseguido voar puxando a se mesmo pelo próprio cabelo... Daí ser a única "saída" para resolver uma aporia - que, etmologicamente, é a pergunta sem (*a*) saída (*poros*) - é se decidir por uma das possíveis soluções, encerrando o questionamento *ad infinitum*, em determinado momento.[2]

2. Cf. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., "*A filosofia como discurso aporético*", **in** *A Filosofia e a Visão Comum do Mundo*, em colaboração com BENTO PRADO JR. e OSWALDO PORCHAT PEREIRA, São

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION991 991 4/10/2007 14:42:01

Como o esclarecimento do que seja a filosofia é uma das questões que mais tem ocupado aqueles que a ela se dedicam, podendo se ver nesse fato um dos principais traços distintivos dessa disciplina ou forma de conhecimento de outras, anteriores e posteriores a ela, vai ser isso o que lhe confere um caráter aporético. E esse questionamento que tem a si próprio (também) como objeto, e aporias, já nos mostraram os seus descobridores da Escola Eleática, são irresolúveis, quando não levam a soluções paradoxais. Apesar disso, não se pode deixar de enfrentar questões aporéticas, e a simples tentativa de resolvê-las já poderá ser bastante instrutiva. Quando de uma dessas questões, porém, depende uma série de outras, que já não seriam aporéticas, então elas terminam, de uma forma ou de outra, sendo resolvidas, ou dadas por resolvidas.

Com isso se pretende evidenciar a **natureza dogmática da filosofia**, de toda(s) ela(s), pois dogmas são opiniões transformadas em respostas indiscutíveis do que não se pode responder definitivamente: as aporias, e a filosofia só pode ser praticada com base numa concepção do que seja fazer isso, filosofar, o que por sua vez é um fator determinante do conteúdo e resultado desse filosofar. Atribuir uma tal natureza à filosofia, note-se bem, não é o mesmo que condená-la ao dogmatismo, o que só acontece quando há a recusa em discutir os dogmas, tornando-os imunes à crítica. Um passo importante para prevenirmo-nos do dogmatismo em filosofia seria justamente essa assunção do caráter dogmático da filosofia, ao invés de tentar mascará-lo, insinuando possuir uma resposta verdadeira aonde se erige um dogma.

Importa, então, reconhecer também o conhecimento filosófico como fundamentalmente **conjetural**, o que deflui já da circunstância de qualquer empreendimento em filosofia, seja em que campo especifico por (ética, epistemologia, estética etc.), depender de um quadro conceitual fornecido pela metafísica ou "ontognoseologia" (MIGUEL REALE), ao se ocupar da questão do que é o Ser por trás dos fenômenos que percebemos.[3]

Uma tal problemática escapa completamente da possibilidade de um tratamento científico, por faltar-lhe referenciais empíricos, o que a torna integrante de um domínio inacessível à crescente cientifização do conhecimento. Apesar disso, ou mesmo *por* isso, não se pode simplesmente desprezá-la, considerando-a irracional e absurda, pois ela diz respeito ao que há de mais fundamental,

---

Paulo: Brasiliense, 1981; **id.**, *Pragmatische Begründbarkeit von Rechtsnormen*, **in** Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, n. 65, Stuttgart, 1979, pp. 223 ss., esp. pp. 225/226.

3. Cf. REALE, *Verdade e Conjetura*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, resenhado em WILLIS S. GUERRA FILHO, *Conjectural Knowledge and Inclusive Theories in Legal Epistemology*, **in** Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Stuttgart, nº. 75, 1989.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION992 992 4/10/2007 14:42:01

à nossa forma de conceber a realidade e conhecê-la, o que não deixa de influenciar, imperceptível e decisivamente, a própria ciência, ou melhor, a sua pratica. Demarcar até aonde vai o conhecimento de natureza cientifica e o que pode ser objeto dele, distinguindo o começo daquele domínio meta (grego, "após") - físico (= empírico), é já algo tipicamente metafísico, enquanto determinação de um princípio (e, logo, também de um fim), variação da pergunta básica sobre o que é (o Todo) e o que não é (o Nada).[4]

Essa propriedade de constituir o objeto de conhecimento no processo de conhecê-lo, que já assinalamos como especificamente filosófica e denominamos aporética, indica como é essencial o papel desempenhado pela imaginação criativa, o que aproxima o tipo de conhecimento produzido pela filosofia daquele transmitido pela arte gerai e, especificamente, pela literatura, por se valer do meio mais empregado na realização filosófica: a escrita.[5]

Pode-se, então, afirmar, que o mesmo significado que a "**techné**" possui para a ciência, tem a "**poiesis**" para a filosofia, o que ajuda a entender o valor gnoseológico tanto da filosofia como da arte. Ambas podem ser associadas ao esforço humano para compreender a si e ao mundo, enquanto a ciência se ocupa com a *explicação* da realidade fenomênica, o que ajuda a alcançar aquela compreensão, mas não é suficiente. O caráter racional e objetivo de uma explicação científica para determinado fenômeno não pode ser atingido, quando se trata de uma compreensão do significado desse fenômeno (digamos, a Morte) no contexto global de nossa existência, do estar no mundo. A compreensão permanece sempre pessoal, e não faz sequer sentido pretender que ela seja verdadeira. Na medida em que se procura comunicá-la, porém, se ingressa naquela dimensão intermediária entre a subjetividade e a objetividade, a dimensão da intersubjetividade, onde se estabelece uma ligação entre o que se vivência individualmente e a experiência compartilhada com os demais, o que é possível pela existência de "formas de vida" (LUDWIG WITTGENSTEIN), comum a todos, do que faz parte, por exemplo, a linguagem.

A filosofia, portanto, não pode elaborar assertivas com pretensão a serem verdadeiras, mas também não deve se limitar a emitir meras opiniões, tornando-se "filodoxia" (termo cunhado por KANT para designar, pejorativamente, uma forma de diletantismo intelectual, que se satisfaz com apenas suscitar problemas

4. Cf. HEIDEGGER, *Was ist Methaphysik?*, Bonn: Claassen, 1929, pp. 10 e segs.
5. Considera a filosofia uma manifestação artística, por exemplo, ROBERT NOZICK, *Philosophical Explanations*, Oxford: The University Press, 1981, pp. 64 e segs.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION993 993 4/10/2007 14:42:01

filosóficos, sem chegar a solucioná-los dde forma universalmente aceitável), solipsismo, uma "questão de gosto", livre de qualquer parâmetro racional de avaliação dos seus resultados, capaz, por exemplo, de determinar quando se chega à compreensão almejada. Dizer que isso ocorre quando as proposições filosóficas forem convincentes é transformar a filosofia em pura ideologia. O objetivo não é convencer, persuadir, dissuadir, mas, sem dúvida, se precisa atingir um certo padrão de satisfatoriedade para assim obter a concordância, o assentimento de outros sujeitos e, em tese, de todos aqueles dispostos a se entregar com a mesma radicalidade a empresa, à aventura filosófica.

A compreensão ocorrerá, então, quando houver uma comunidade, um consenso na forma de apreender, de interpretar algo em suas relações com uma totalidade, o que vai depender basicamente do modo de apresentar a compreensão atingida, dando razões para ela do maior número possível de pontos de vista: ético {a forma de compreender que se sugere é benéfica), estético (ela é também agradável aos sentidos), científico (não entra em contradição com resultados de investigações empíricas, chegando mesmo a se valer delas) etc. Importante é ter sempre presente que não se trata de "fechar questão" sobre o tema enfocado, mas sim tentar estabelecer um ponto de partida capaz de dar início a uma discussão, na qual seja possível se chegar a um acordo ao menos quanto ao que se espera ao desenvolvê-lo.

Dentro da concepção que se está tentando esboçar aqui, sobre o que seja a filosofia, importa distinguir dela uma espécie de "ciência da filosofia", uma "metafilosofia", enquanto uma disciplina que se ocupa de estudar não os problemas filosóficos diretamente, mas antes as soluções que a eles têm sido apresentadas na história da filosofia, seja por um filósofo, seja por uma Escola específica. Isso é o que mais se pratica atualmente, sob o pretexto de fazer filosofia, sendo cada vez mais raro encontrar quem se disponha a produzir filosofia "de primeiro grau", quem tenha a coragem de exercitar sua liberdade de fazer isso. Ora, elaborar uma "má" filosofia é muito melhor do que nenhuma, pois já representa pelo menos uma provocação a que se faça uma outra, melhor. Entretanto, ao invés disso, os "amantes da sabedoria" preferem contribuir, de modo mais filológico do que propriamente filosófico, para aumentar a compreensão do modo como determinado filósofo compreende a realidade, o que termina por não contribuir muito para essa compreensão da realidade, mas antes para se desviar disso. Esse trabalho exegético é o responsável pelo surgimento dos diversos "ismos" e pelo confronto que entre eles se estabelece, tendo levado a filosofia a um afastamento tal da tarefa que lhe cumpre desincumbir, donde já se falar, justificadamente, em seu fim.

As ciências, ao se desenvolverem, jamais poderiam tomar esse lugar da filosofia, mas sim fortalecê-lo ainda mais, ao nutri-la com uma massa crescente

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION994 994 4/10/2007 14:42:02

de informações, matéria bruta para ela trabalhar. A "inibição" não teria se dado por uma causa externa qualquer, mas por um defeito intrínseco da filosofia, ou melhor, daqueles que com ela se tem ocupado. Também não se venha dizer que a vocação tecnológica da sociedade atualmente rejeita o projeto filosófico, pois se pode inverter os termos, e atribuir a ausência da produção filosófica requerida por essa sociedade o seu "embrutecimento".

O "retorno para as coisas mesmas" pretendido por HUSSERL e a filosofia existencial que se seguiu, a valorização do senso comum e da linguagem ordinária na filosofia anglo-saxônica, ligada a nomes como MOORE e WITTGENSTEIN, são indícios de uma possível reabilitação da filosofia para atender aos reclamos de vital significação que determinaram o seu aparecimento e justificam sua existência.

Finalizemos, então, essa parte do presente trabalho, com uma manifestação daquele pensador que tanto contribuiu para nossa reflexão: MARTIN HEIDEGGER**.** "Quando é filosofante a resposta à pergunta: Que é isto, a filosofia? Quando filosofamos? Evidentemente só quando entramos em colóquio (**Gespräch**) com os filósofos. Isto significa que discutimos (**durchsprechen**) com eles aquilo do qual eles falam (**sprechen**). Este mútuo discutir sobre o que sempre de novo concerne expressamente aos filósofos como o Mesmo, é o falar, o **légein** no sentido de **dialégestai**". Em seguida, sublinha que "uma coisa é fixar e descrever as opiniões dos filósofos" - o que em outro lugar denominou "ciência da filosofia". "Outra coisa muito diferente", continua, "é discutir com eles o que eles dizem, isto é, aquilo acerca do qual dizem. Estabelecido assim que os filósofos são interpelados (**angesprochen**) pelo Ser do ente, segundo o que eles dizem o que o ente seja enquanto é, então nosso colóquio com os filósofos deve ser também interpelado pelo Ser do ente. Nós mesmos, por nosso pensar, devemos ir ao encontro de para onde a filosofia se encaminha. Nosso falar deve co-responder àquilo pelo qual os filósofos são interpelados".[6] Proponho que tentemos essa via, a via produtora de filosofia, sem com isso descuidarmos da "ciência da filosofia", indo ao encontro de filósofos e teóricos em geral com suas produções, para construirmos nossa própria filosofia.

3. POR UMA FILOSOFIA DO PROCESSO

Poucos foram aqueles que, mesmo de uma maneira vaga, aludiram até o momento à filosofia do direito processual.[7] A tentativa de fundar essa disciplina

6. *Que é isto, a filosofia?*, trad. JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS, Belo Horizonte: Duas Cidades, 1962, p. 51.
7. Entre autores antigos, a idéia de uma "filosofia do processo" se acha por exemplo em LUDWIG v. ALMENDINGEN, *Metaphysik des Civilprocesses,* Giessen, 1821, e BORDEAUX, *Philosophie de la procédure*

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION995 995 4/10/2007 14:42:02

é o objeto das considerações a seguir. Esse ato de fundação em si mesmo, essa pretensão de estabelecer o *início* de algo em filosofia (e, logo, também no mundo), se bem sucedido, representará a descoberta de uma fonte nova de conhecimentos não só para a ciência processual mas também para a ciência jurídica (em sentido amplo) como um todo, bem como para a filosofia em geral. E isso porque o discurso que busque justificar a inserção de um *corpus* diferenciado de conhecimentos filosóficos, ao lado daqueles já existentes da filosofia e ciência jurídicas, requer um posicionamento sobre questões fundamentais para estas, atinentes ao seu próprio caráter. Pergunta-se, então, o que diferencia o estudo filosófico do processo daquele científico, o que já implica na questão do que seria um estudo científico sobre o processo, sendo essas perguntas já parte do que se entende como próprio de uma filosofia do direito processual. Para respondê-las, por outro lado, se precisa abordar o problema geral do que seria o específico do conhecimento filosófico frente aquele científico, e ainda o da especificidade de um conhecimento filosófico sobre o processo frente aquele da filosofia do direito, e assim por diante. Parece razoável, portanto, remeter ao questionamento da filosofia em si mesma, do seu sentido atual, feito na primeira parte.

---

civile, Evreux, 1842, enquanto, contemporaneamente, a preconizam GEOFFREY C. HAZARD, JR., em *Researches in Civil Procedure,* New Haven, Connect. (Walter E. Meyer Research Institute of Law), 1963, pp. 63ss., DIETER BRÜGGEMANN, J*udex statutor und Judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreinheit im gegenwartigen deutschen Zivilprozeß*, Bielefeld: Gieseking, 1968, p. 127; e PIERO PAJARDI, *Processo al processo,* Padova: CEDAM, 1985. p. 8. Uma obra que sem dúvida se pode qualificar como de filosofia do processo é aquela de JÜRGEN RODIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren*, Berlin/Heildelberg/New York: Springer, 1973, falecido pouco após sua publicação. Neste estudo, o processo de conhecimento tanto civil, como penal ou administrativo, é considerado como uma forma lógica utilizada para oferecer a prova de afirmações feitas sobre fatos e normas. No curso da investigação, o A. se vale de recursos da lógica simbólica e matemática, além de empreender incursões em fenomenologia do processo e no exame dos fundamentos filosóficos do conceito processual de "verdade", bem como nos aspectos de filosofia da ciência e matemática (teoria dos conjuntos), envolvidos na noção jurídico-processual de "prova". Para apreciações críticas da obra, cf. KLAUS ADOMEIT, "*Der gerichtliche Prozess in der Sicht der Rechtstheorie"*, **in** Archiv für die civilistische Praxis, n. 174, 1974, pp. 407ss. (agora tb. **in id**., *Normlogik - Methodenlehre - Rechtspolitologie: gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie* 1970-1985. Berlin: D & H, 1986, pp. 98ss.); W. GRUNSKY, "*Zur Bedeutung der Logik für das Verstandnis des gerichtlichen Erkenntnisverfahren"*, Juristen Zeitung, n 29, 1974, pp. 75Oss.; H. RODINGEN/CHRISTINE FALKE, "*Das Rechtsverfahren: Dresur oder Diskurs*?", **in** Datenverarbeltung im Recht, n. 4, 1975, pp. 348ss. A decisão judicial, por seu turno, já foi objeto de investigações filosóficas memoráveis, como aquelas levadas a cabo por CARLOS COSSIO, logo na "Introdução" de sua "Teoria Egológica do Direito*",* ou RICHARD A. WASSERSTROM, em *The judicial Decísion. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, Calif., 1961. Do primeiro A., é ainda de se mencionar, nesse contexto, *El Derecho en el Derecho Judicial,* Buenos Aires, 1967, 3ª ed., esp. cap. II, pp. 71ss. Por fim, cumpre ainda aludir à seção dedicada ao processo por RADBRUCH, na "Filosofia do Direito" *(Rechtsphilosophie,* 8ª ed., Stuttgart, 1973, § 25, pp. 276ss. - há trad. port.), bem como os estudos, de dimensão filosófica, devidos a FAZZALARI, "*L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*", **in** Rivista di diritto processuale, 1965; PAWLOWSKI, "*Aufgabe des Zivilprozesses"*, **in** Zeitschrift für Zivilprozeßrecht, n. 80, 1967; G. STAHLMANN, *Zur Theorie des Zivilprozessrechts*, Königstein, 1979.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION996 996 4/10/2007 14:42:02

Nesse contexto, vem a calhar o projeto de uma filosofia do processo, já que irá se voltar para um fato da vida revestido de grande significado prático, de forma que, caso tal projeto venha a se realizar, a filosofia ter-se-á mostrado capaz de contribuir para o esclarecimento de questões prementes na organização da vida humana. Assim sendo, é de se ver com bons olhos tentativas como a da filosofia pragmática preconizada por HANS LENK.[8]

4. FILOSOFIA DO PROCESSO, FILOSOFIA DO DIREITO, TEORIA GERAL DO DIREITO E TEORIA DO DIREITO

Uma filosofia do direito processual precisa, acima de tudo, justificar sua existência perante a já estabelecida filosofia do direito *tout court*. É preciso, então, que se motive a pretensão de destacar, no âmbito dessa última, a especificidade de uma jusfilosofia do processo. Para isso, tenha-se em mente a razão pela qual se distingue, no campo ilimitado da indagação filosófica, um setor dedicado a problemática jurídica, diferenciado dentro da filosofia social, sendo essa, ela própria, uma divisão no *corpus* filosófico. Não há, portanto, nenhum obstáculo a que se continue "dividindo o trabalho" em filosofia, ao ponto de se poder praticar uma filosofia do direito processual, ao lado de uma filosofia do direito penal,[9] e assim por diante. Em favor de uma aceitação da primeira, milita ainda o argumento de que seu objeto, o direito processual, mais do que um simples ramo na árvore do conhecimento jurídico, como foi assinalado no início do presente trabalho, se revela uma dimensão do Direito. Isso sugere a possibilidade de se situar a filosofia do processo em um ponto interseccional de uma grande divisão da filosofia jurídica em filosofia do direito privado e filosofia do direito público (e do Estado).

Revestida de importância decisiva na determinação do que venha a ser a filosofia do direito processual aparece a questão geral do que é próprio da filosofia do direito diante da teoria do direito.[10] A instituição dessa última, como corpo de

8. Cf. do A. cit., *Pragmatische Philosophie,* Hamburg, 1975; *Pragmatische Vernunft,* Stuttgart, 1979; "Perspektiven pragmatischen Philosophierens", **in** K. SALAMUN (ed.), *Was ist Philosophie?,* 2ª ed., Tübingen, 1986, pp. 3l3ss, esp. p. 326.
9. Sobre a filosofia do direito penal, cf., v.g., DOUGLAS N. HUSAK, *Philosophy of Criminal Law,* Totowa, New Jersey, 1987; STAMATIOS TZITZIS, "*Che cos'è la filosofia del diritto penale*", **in** Revista internazionale di filosofia del diritto, n. 64, Roma, 1987, pp. 58ss.; WOLF PAUL, *Auf der Suche nach etwas Besserem als Strafrecht. Eine Erinnerung an die Strafrechtsphilosophie von Karl Christian Friedrich Krause und deren Rezeption durch den Krausismo Español*, **in** *Strafrechtspolitik,* W. HASSEMER (ed.), Frankfurt a. M./Bern/New York, 1987, pp. 255ss, Para incursões nesse campo de dois afamados filósofos do direito, v. H. L. A. HART, *Punishment and Responsability,* Oxford: The University Press, 1968, e ULRICH KLUG, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht,* Berlin: D & H, 1981, 2 vols.
10. Para os diversos pontos de vista sustentados, na Alemanha Federal, v. as contribuições para o tema coligi-

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION997 997 4/10/2007 14:42:02

conhecimento sobre o Direito, é de data recente, e não se deve confundi-la com a chamada teoria geral do direito. Note-se que falar em teoria do direito, ao invés de teoria geral do direito, não representa uma simples correção da expressão – toda teoria ou é geral, ou não é teoria –, mas sim a adoção de uma perspectiva muito mais ampla para estudar o fenômeno jurídico. Originalmente, a teoria (ou "doutrina") geral do direito, A*llgemeine Rechtslehre,* resulta de um desenvolvimento tardio do pandectismo alemão, ao abstrair as categorias empregadas no estudo do direito romano e generalizar a validade delas para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico.[11] O que hoje se pratica em teoria do direito (*Rechtstheorie*) abrange não só a temática da "teoria geral" (fontes do direito, norma jurídica, conceitologia jurídica fundamental etc.), indo muito além, para chegar à aplicação das mais diversas formas de cognição ao estudo do Direito: cibernética, teoria dos sistemas, semiótica, lógica simbólica e matemática etc. É se valendo dos esquemas conceituais fornecidos por essas disciplinas, surgidas contemporaneamente, que também, cada vez mais, se procura dar respostas a questões tradicionalmente pertencentes ao campo de investigação da filosofia jurídica. Isso porque essas disciplinas, como no caso da teoria da comunicação, é de todo evidente, compartilham com a filosofia o desígnio de fornecer uma explicação global da realidade, só que de uma perspectiva científica, decorrente da metodologia por elas adotadas.[12] Assim, termina por se consumar a trajetória moderna do pensamento, em sua determinação positivista de substituir o

---

das nas seguintes obras: *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft,* H. ALBERT/ N. LUHMANN/W. MAIHOFER (eds.), 2 vols., Düsseldorf, 1972; *Rechtstheorie.* Beiträge zur Grundlagen Diskussion, G. JAHR/W. MAIHOFER (eds.), Frankfurt a. M., 1971; *Rechtstheorie. Ansatze zu einem kritischen Rechtsverstandnis*, A. KAUFMANN (ed.), Karlsruhe, 1971. Uma rápida visão do posicionamento de autores de língua holandesa oferecem J. H. M. KLANDERMANN/G. E. MULDER/W. G. van der VELDEN, *Rechtstheorie in den Niederlanden und in Flandem. Entwicklungen seit dem Anfang der siebziger Jahre*, **in** RECHTSTHEORIE, 19, 1988, pp. 51ss., pp. 83ss. De resto, v. U. SCHROTH, "*Was ist und was soll Rechtstheorie*?", **in** Juristische Arbeitsblatter, n. 4, 1972, pp. 1ss., G. WIELINGER, *Rechtstheorie heute*, **in** Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, n. 60, 1974, pp. 429ss.; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN v. WAHLENDORF, *Éléments d'une Introduction a la philosophie du Droit,* Paris: PUF, 1976, pp. l3ss. R. DREIER, *Was ist, und wozu Allgemeine Rechtstheorie*? **in** *Recht-Moral-Ideologie,* Frankfurt: Suhrkamp, 1981, pp. l7ss.

11. V. *supra,* nota 2. Cf. ainda VERDROSS, *Abendlandische Rechtsphilosophie* 2a ed., Wien, 1963, pp. 176, 189, e GUIDO FASSO, *Histoire de la Philosophie du Droit* (XIXe et XXe siècles), Paris, 1976, pp. 144 e seg., quando referem a ADOLF MERKEL como introdutor da nova disciplina, com seu artigo, de 1874, *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben*. Paralela e independentemente, desenvolve-se na Inglaterra, com AUSTIN, a partir da obra de BENTHAM, uma Escola Analítica, com uma abordagem semelhante do Direito. Cf. COING, loc. ult. cit.; VERDROSS, ob. cit., p. 188. Cf., mais extensamente, WILLIS S. GUERRA FILHO, "*Material para Estudo de Teoria do Direito"*, **in** NOMOS – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vols. 9/10, Fortaleza, 1991/1992.

12. Há cinco décadas passadas LÉVI-STRAUSS conclamava a que se desse início à "<<revolução copernicana>>, que consistirá em interpretar a sociedade no seu conjunto em função de uma teoria da comunicação". *Antropologie Struturale,* Paris: PUF, 1958, pp. 95 e seg.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION998 998 4/10/2007 14:42:03

fundamento metafísico-filosófico da mundividência ocidental, pondo o modo técnico-científico de encarar a realidade em seu lugar.[13] Se pode, contudo, a partir da constatação desse fenômeno da superposição de disciplinas científicas, de aplicação generalizada e universal, com a filosofia, estabelecer os diversos planos em que essa e aquelas se situam, para então chegar a distinguir as tarefas da teoria e da filosofia do direito.

Nossa proposta iria no sentido de considerar o trabalho em teoria do direito, por mais abstrato que seja, sempre voltado para a solução de dificuldades surgidas ao se operar com um ordenamento jurídico, permanecendo, portanto, parte integrante do sistema cognitivo de orientação do comportamento voltado para atender às disposições normativas contidas na ordem jurídica. À filosofia do direito corresponderia uma perspectiva externa, de observação do ordenamento jurídico, para refletir sobre as normas, práticas e corpo de conhecimentos que nele se encontra. Trata-se, portanto, de uma instância crítica por excelência, que não permite deixar o Direito entregue ao seu próprio destino, produzindo e reproduzindo a si mesmo, isolado dos anseios individuais e coletivos daqueles a quem deve a proteção da vida e dignidade de ser auto-consciente.

5. FILOSOFIA DO PROCESSO, TEORIA GERAL DO PROCESSO E TEORIA DO PROCESSO

Voltando agora a atenção para o objeto da filosofia e da teoria do processo, cabe desde logo firmar a distinção dessa última da chamada "teoria geral do processo", matéria a cuja criação se dedicaram autores dotados de uma vocação filosófica, como foram WILHELM SAUER e FRANCESCO CARNELUTTI. Ela hoje integra o currículo jurídico brasileiro e de diversos outros países latino-americanos, gerando uma bibliografia voltada mais para atender essa demanda didático-institucional do que propriamente ocupada com a realização do projeto epistemológico, na realidade bastante utópico, de uma tal disciplina.[14] Já é tempo de se reconduzir o que nela vem se fazendo para os domínios mais abrangentes da filosofia e teoria do processo.[15] A maior parte desse trabalho, contudo, pode

13. Cf. HEIDEGGER, "*Das Ende der Philosophie und die Aufgabe des Denkens"*, **in id**., *Zur Sache des Denkens,* Tübingen: Niemeyer, 1969, pp. 6lss. Para uma discussão aprofundada desse aspecto da filosofia heideggeriana, consulte-se *Heideggers These von Ende der Philosophie,* M. F. FRESCO *et al.* (eds.), Leiden, 1989.; GÜNTHER SEUBOLD, *Heideggers Analyse der neuzeitlichen Tech*nik, Freiburg i. Br./ München, 1986; *Kunst und Technik. Gedachtnisschrift zum 100. Geburtstag von Martin Heidegger*, W. BIEMEL/F. - W. V. HERRMANN (eds.), Frankfurt a. M., 1989.
14. Cf., v.g., Willis S. Guerra Filho "*Teoria Geral do Processo; em que Sentido*?" **in** *Lições Alternativas de Direito Processual*, Horácio Rodrigues (ed.), São Paulo: Acadêmica, 1995.
15. Vai nesse sentido os trabalhos de J. J. HAGEN, *Allgemeine Verfahrenlehre und Verfassungsgerichtlicher Verfahren,* München, 1971, e *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre.* Ein Beitrag zur allgemeinen

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION999 999 4/10/2007 14:42:03

ser caracterizado como uma comparação jurídica intrasistemática de diversos ordenamentos processuais, civil, penal e trabalhista sobretudo, devendo ser visto com bons olhos, esforços no sentido de estendê-la a outras formas processuais, inclusive não-judiciais, e até à comparação extra-sistemática, com ordenamentos processuais de outros países.[16]

A teoria do processo pode ser encarada como uma disciplina aglutinadora de dados sobre seu objeto formal de estudo, provenientes das mais diversas fontes: sociologia, história, psicologia, ciência política etc..[17] Por outro lado, cabe a ela trabalhar o aparato conceitual empregado na descrição propriamente jurídica do

---

Verfahrenstheorie, Freiburg 1. Br., 1972. Nos EUA, onde só recentemente se publicou o primeiro manual tratando conjuntamente o processo civil, penal e administrativo, atentando para a conexão deles com o direito constitucional, a saber, *Procedure,* ROBERT M. COVER/OWEN M. FISS/JUDITH F. RESNIK, Mineola, N.Y., 1988. Ali se preconiza o desenvolvimento do estudo de um *metaprocedure,* que abrangeria tanto a teoria, como a filosofia do processo, tal como se vem de expor. O assunto ocupou o centro dos debates da American Association of Law Schools (AALS) Conference on Civil Procedure, em junho de 1988, onde WILLIAM ESKRIDGE definiu nos seguintes termos a nova disciplina: "*This theoretical approach (...) treats <<adjuducation>> as a phenomenon to be explored as a purely intellectual endeavor. It asks the <<big questions>> and subjects adjudication to scrutiny and criticism from the perspectives of political theory, ethics, philosophy, sociology, anthropology. It examines such issues as the role or value of procedure in our culture and tha nature of fairness: the relationship of procedure to substantive issues, especially issues of social justice; formal modeling of adjudication, as part of an institutional dispute resolution continuum; alternative conceptions of adjudication, drawn from comparative systems and public interest litigation; and the ideological and philosophicál dimensions of the adversary focus of our system of adjudication*". **Apud** LINDA S. MULLENIX, "*God, Metaprocedure and Metarealism at Yale"*, **in** Michigan Law Review, n. 87, 1989, nota 141, p. 1169.

16. Um trabalho exemplar de comparação jurídico-processual intra-sistemática é aquele de W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine Vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VWGO, FGO, SGG*, 2ª ed., Bielefeld: Gieseking, 1974, que envolve os ordenamentos processuais civil, administrativo, fiscal, trabalhista e da jurisdição voluntária, na Alemanha Federal. O processo penal não é incluído, porque o A. entende que a diferença estrutural desse em relação aos demais impede a comparação. Cf. **ib**., p. 11, e **id**., "*Moglichkeiten und Grenzen einer allgemeinen Prozessrechtslehre im akademischen Unterricht"*, **in** Zeitschrift für Zivilprozeßrecht, n. 95, 1972, p. 375. Já a obra de ELIO FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 2ª ed., Padova: CEDAM, 1979, abrange não só os processos, ditos "jurisdicionais", civil, administrativo, penal e constitucional, como também os processos arbitral, de jurisdição voluntária e falimentar, e aqueles empregados no exercício das funções legislativa e administrativa. Já no campo da comparação processual internacional, pode-se mencionar, no que tange à área ibero-americana, o estudo de ENRIQUE VÉSCOVI, *Elementos para una teoria general del proceso civil latinoamericano,* México, D.F., 1978. Em geral, v. ainda, de WALTHER J. HABSCHEID, *Introduction a la procédure judiciaire. Les systèmes de procédure civile* (Problèmes choisis), Barcelona (Association Internationale de Droit Comparé), 1968, e *Introduzione al diritto processuale civile comparato,* Rimini, 1985.

17. Para contribuições que as ciências sociais empíricas têm trazido para o estudo do processo, veja-se, e.g., MICHAEL ADAMS, *Ökönomische Analyse des Zivilprozess,* Königstein, 1981; JORG BERKMANN, *Die richterliche Entscheidung in psychologischer Sicht*, **in** *Beiträge zur Rechtspsychologie*, R JAKOBS/ M. REHBINDER (eds.), Berlin: D & H, 1987. pp. l35ss.; *The Social Psychology of Procedural Justice,* E. ALLAN LIND/ TOM R. TYLER, New York/London, 1988; S. POULTER, *Family Law and Litigation in Basotho Society,* Oxford, 1976; GÜNTER H. ROTH (ed.), *Rechtssoziologie und Prozessrecht,* Wien, 1983; GEORGE F. COLE *Politics and the Administration of Justice,* Beverly Hills/London, 1973; *Empirical Studies of Civil Procedure,* **in** Law & Contemporary Problems, n. 51, 1988.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION1000 1000 4/10/2007 14:42:03

objeto material, que compartilha com aquelas disciplinas não-jurídicas, em busca de categorias passíveis de ser aplicadas às suas múltiplas manifestações.[18] Já a filosofia do processo se voltaria para o esclarecimento de questões como aquela da legitimação do poder por meio dos procedimentos decisórios, examinaria valores subjacentes ao modo como se estruturam esses procedimentos, ou, ainda, a questão da finalidade a ser atendida com o recurso à regulamentação de formas processuais para tomar decisões vinculativas, isto é, a função do processo na ordem jurídica e social. Integraria ainda o *corpus* teórico da filosofia do direito processual estudos de caráter epistemológico, dedicados a refletir sobre a metodologia e hermenêutica específicas de sua intelecção, cuja possibilidade se deduz da distinção ontológica do direito material.

6. CONCLUSÃO: A TENDÊNCIA ATUAL DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO DIREITO (A SE REFLETIR EM UMA POSSÍVEL FILOSOFIA JURÍDICA PROCESSUAL)

Ao concluir o presente ensaio, em que se procurou indicar uma nova forma de se fazer filosofia do direito, centrada na idéia de processo, parece oportuno aludir à concepção, desenvolvida recentemente pelo jusfilósofo frankfurtiano RUDOLF WIETHÖLTER, segundo a qual o Direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas chamadas sociedades pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização *(Prozeduralisierung)* em seu modo de manifestar-se. Nela se consumaria a superação dialética *(Aufhebung)* dos dois períodos imediatamente

18. A teoria do processo seria, então, uma ciência-de-síntese, tendo o processo como seu objeto, semelhante àquela concebida recentemente por NORBERT ACHTERBERG, para estudar a jurisdição, a **Rechtsprechungslehre**. Cf., do A., *Rechtsprechung als Staatsfunktion, Rechtsprechungslehre als Wissenschaftsdiziplin*, a obra coletiva por ele editada, *Rechtsprechungslehre,* Köln/Berlin/Bonn/München: Peter Lang, 1986, pp. 3ss. Essa disciplina seria complementar daquelas duas outras, já constituídas, dedicadas ao estudo das demais funções estatais, nomeadamente, a administração e a legislação, pois como predicou um dos pioneiros da **Lehre** dessa última - a **Gesetzgebungslehre** -, a cada uma das três formas fundamentais de manifestação do Direito, deve corresponder outras tantas **Rechtsmethodenlehren**. Cf. PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre,* Hamburg, 1973, p. 15. Dentro de um visão "transclássica" de ciência - v. S. MASER, *Fundamentos de Teoria Geral da Comunicação,* trad. LEÔNIDAS HEGENBERG, São Paulo: EPU, 1975, pp. 11ss.) -, pode-se perfeitamente esperar um encadeamento dinâmico dessas teorias "gerais", de aspectos do Direito com a teoria do processo, que seria ainda mais "geral", por não se ocupar de um aspecto, mas sim de uma dimensão do Direito, o qual se pode mesmo definir em termos de um procedimento ordenador da conduta, por meio das normas de validade geral que este procedimento se destina a ir produzindo, no decorrer do tempo. Nesse sentido vai a definição de Direito de HANS SCHULTZ: "*ein sich in der Zeit vollziehendes Ordnungsverfahren, ein zielgerichteter, zeitlich ablaufender Vorgang, um zu verbindlichen allgemeinen Verhaltensregeln zu gelangen*". Cf. "*Bemerkungen zu den Beziehungen zwischen Recht und Ethik"*, **in** STUDIA PHILOSOPHICA (Jahrbuch der Schweizerischen Philosophischen Gesellschaft), n. 26, 1966, p. 33. Sobre a Teoria da Jurisdição, cf. WILLIS S. GUERRA FILHO, "*Teoria da Jurisdição: Uma nova Disciplina*", **in** Revista de Processo, n. 59, São Paulo, 1990, pp. 23ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION1001 1001 4/10/2007 14:42:03

anteriores e iniciais da sociedade civil moderna, os quais foram definidos, na teoria sociológica de MAX WEBER, pela tendência à formalização, do primeiro, e materialização, no segundo, que predomina no Direito moderno. Isso significa que, no momento em que se tratava de pôr um fim a formas de dominação feudais e absolutistas, tem-se como função jurídica principal a garantia formal do respeito à posição social dos indivíduos e sua possibilidade de livre atuação. Em seguida, dá-se a falência desse modelo político, pela sua incapacidade de suprir reclamos básicos da coletividade, o que leva ao uso do Direito para materializar certas exigências sociais, realizando concretamente a igualdade básica de posições dos indivíduos, antes apenas (pressu)posta formalmente em lei. Porém, assim como o controle realizado naquele momento inicial através de uma intervenção jurídica pontual, mínima, acarretou danos sociais insuportáveis, também a administração constante e ubíqua dos diversos setores da vida em sociedade, levada a cabo para cumprir o programa político que se oferecia como alternativa, termina custando um sacrifício abominável de prerrogativas dos indivíduos, antes garantidas**,** ainda que mínima e formalmente. Transpondo os termos do dilema com que, então, nos deparamos, para o plano do direito constitucional, tem-se como resultado o aparecimento de uma tensão entre aqueles direitos fundamentais que se pode chamar tradicionais, voltados para a proteção de uma esfera de liberdades civis dos indivíduos, e, de outro lado, os direitos fundamentais previstos para assegurar a concretização dos objetivos da coletividade. A decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível ser tomada antes de verificada as situações em que se conflitam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las. O que se precisa – e se pode –, então, fazer, é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que, naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sócio-política que assumem nesse contexto. A adoção de um procedimento para tomar decisões favorece o acatamento e aceitação do decidido tanto daqueles que dele participam, segundo a conhecida tese luhmanniana da "legitimidade pelo procedimento", como pelos outros ausentes, desde que não se "feche" a questão, deixando-a em aberto para ser decidida diferentemente no futuro ou em situações diversas. É, portanto, de fundamental importância, ao se estruturar um procedimento, que ele permita a integração do maior número possível de pontos de vistas da questão a ser decidida, e também que a decisão alcançada possa vir a sofrer modificações, diante da experiência adquirida ao aplicá-la.

A procedimentalização do direito, portanto, como escrevi em outra oportunidade, "se mostra como a resposta adequada ao desafio principal do Estado Democrático de Direito, de atender a exigências sociais garantindo a participação

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION1002 1002 4/10/2007 14:42:03

coletiva e liberdade dos indivíduos, pois não se impõe medidas sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão, pela qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade".[19]

Ocorre, então, que em geral os interesse coletivos, conquanto respaldados em normas de nível constitucional, não o são por leis regulamentadoras dos direitos, fundamentais, delas advindos, e não é por isso que se vai admitir o seu desrespeito. Caberá, assim, ao Judiciário suprir a ausência completa e os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização dos chamados "direitos fundamentais de terceira geração", ou "direitos de solidariedade", precisamente os direitos sociais, econômicos e culturais, relativos à preservação do meio ambiente, das peculiaridades culturais de minorias, étnicas ou "éticas" etc. Pode-se, então, dizer, com GOMES CANOTILHO, que com esses desenvolvimentos, "o procedimento adquiria, no mundo jurídico-constitucional, uma **narratividade emancipatória** em plena consonância com os movimentos sociais, culturais e econômicos de finais da década de '60".[20]

Vale, também, ressaltar que a idéia de procedimentalização do Direito se encontra situada no âmbito de uma teoria crítica (= filosofia) da sociedade, de origem "frankfurtiana", com a feição que essa assume no pensamento de seu mais lídimo representante atual, JÜRGEN HABERMAS.[21] Trata-se de um "caminho do meio", uma via mais discreta, que se oferece como alternativa aos projetos grandiosos, com suas promessas de terem a fórmula de resolução de todos os problemas. Diante da complexidade do mundo (pós)moderno, as soluções melhores só aparecem quando se procura colocar as opiniões divergentes em comunicação, partindo de um consenso em torno da possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo. Para isso, contudo, não se pode já partir de idéias preconcebidas, que se deve impor aos outros. O melhor a fazer é deixar que a solução se mostre,

19. WILLIS S. GUERRA FILHO, *Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza: Imprensa da UFC, 1989, pp. 90 e seg.
20. *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, processo e organização*, **in**: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. LXVI, 1990, p. 4.
21. Cf., por último, WIETHÖLTER, "*Proceduralization of the Category of Law"*, **in** Ch. JOERGES/D. M. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate,* Baden-Baden, 1989, pp. 501ss.; **id**., "*Ist unserem Recht der Prozeß zu machen*?", **in** *Festschrift für Jürgen Habermas*, Frankfurt a. M.: Frankfurt am Main, 1989, pp. 833ss.; G. BRÜGGEMEIER, "*Der Rechtsbegriff in Habermas' Theorie kommunikativen Handelns und die Prozeduralisierungskategorie bei R. Wiethölter"*, **in id**./Ch. JOERGES (eds.), *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts,* Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Materialien, n. 4, 1987, pp. 65ss.; HABERMAS, *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rodolf Wietholter*, KJ 22,1989, pp. 138ss., esp. 143ss.; G. MARTIN/HEIDEMARIE RENK/MARGARETHA SUDHOF, "*Maßstabe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters*", **ib**., pp. 244ss., esp. p. 250.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION1003 1003 4/10/2007 14:42:04

pragmaticamente, na situação comunicativa; e de antemão se pode refletir sobre o procedimento a ser adotado, para chegar a soluções que harmonizem os interesses individuais e coletivos, com base em um princípio de proporcionalidade.[22]

Do exposto, entende-se que as mais diversas direções em teoria e filosofia do direito estão a apontar no sentido de uma reflexão sobre os procedimentos através dos quais ele se realiza, com a preocupação de estabelecer parâmetros de justiça e racionalidade para balizá-los; justiça e racionalidade essas que, por sua vez, o Direito haverá de atingir por meio daqueles procedimentos. A questão da justiça por exemplo, sobre a qual voltaram a se debruçar recentemente os filósofos, no âmbito de uma reabilitação da filosofia prática, vem tratada em uma das mais notórias doutrinas do momento, a do filósofo norte-americano JOHN RAWLS, como indissoluvelmente ligada ao procedimento de sua realização, donde a idéia, que vai buscar em BRIAN BARRY, de uma "Justiça Procedimental" (*procedural justice*).[23] Também a teorização do direito em vertentes jusnaturalistas, que hoje se coloca em um terreno menos jurídico, do que moral, costumam assumir, hoje em dia, um caráter eminentemente processual, pois o que importa não é tanto o estabelecimento de princípios com um conteúdo moral, mas, sim, "princípios procedimentais" (*prozedurale Prinzipien),* para guiar aqueles interessados em fazer assertivas dotadas desse conteúdo.[24]

Assim, tanto o jusnaturalismo, como também aquela outra via que tradicionalmente se lhe contrapõe, por privilegiar a análise do Direito tal como se apresenta enquanto dado positivo, i.e., o chamado positivismo lógico, terminam então por se consagrar, atualmente, aos problemas em torno da argumentação

22. Tal como o concebe a doutrina germânica, o princípio constitucional da proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência (**Angemessenheit***)* entre meio e fim de uma determinada medida, oriunda do Poder Público, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre ambos, com o sopesamento *(***Abwägung***)* de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e de outro, os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento do outro. Cf., mais extensamente, WILLIS S. GUERRA FILHO, "*Notas em torno ao princípio da proporcionalidade"*, **in** JORGE MIRANDA (ed.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976,* vol. I, Coimbra: Coimbra, 1996; **id.,** *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 4a. ed., São Paulo: RCS, 2005, cap. VI**.** Há teóricos que consideram a idéia de proporcionalidade, tal como vem sendo desenvolvida pela doutrina e jurisprudência de diversas proveniências, um signo da constituição de um novo paradigma em teoria jurídica, agora pós-moderna. Cf., KARL-HEINZ LADEUR, "*'Abwägung' - ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse*", **in** Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, n. 69, Stuttgart, 1983; **id**, "*Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit Niklas Luhmanns Konzept der `Einheit des Rechtssystems"*", **in** RECHTSTHEORIE, n. 16, Berlim, 1985.

23. Cf. BARRY, *Political Argument,* London, 1965, cap. VI,

24. Cf. G. ELLSCHEID, "*Das Naturrechtsproblem. Eine Systematische Orientierung"*, **in** Einführung in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*,* A. KAUFMANN/W HASSEMER (ed).), 4ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 125ss., esp. pp. l58ss.

jurídica, já que é aí onde se define tanto a questão da justiça – enfatizada pelos defensores daquela primeira vertente –, como igualmente a questão da racionalidade – a que mais interessa aos positivistas – dos atos praticados para cumprir o Direito. Os estudiosos de tendência analítica passam então a ocupar-se não só com as normas jurídicas que se enquadram no esquema "previsão normativa conseqüência jurídica", as chamadas "regras", mas também com aquelas outras sobre as quais se erige o ordenamento jurídico em seu todo – sem por isso deixar de integrá-lo, – que são seus princípios fundamentais. É nesse contexto que se coloca a recente doutrina de *Robert* Alexy, com seu modelo de argumentação jurídica e interpretação constitucional baseado na distinção entre regras, princípios e procedimento *(Regel/Prinzipien/Prozedur – Modell*).[25] Toda essa confluência de idéias em torno do fenômeno processual, em teoria jurídica leva, naturalmente, a que nos estimulemos a desenvolver algo novo, como seria uma filosofia específica do direito processual – ou uma **filosofia processual do direito.**

25. Cf., v.g., ALEXY, "*Rechtssystem und praktische Vernunft"*, **in** RECHTSTHEORIE, n. 18, 1987, pp. 405ss., esp. pp. 416ss.

TEORIA DO PROCESSO - INTERNACION1005 1005 4/10/2007 14:42:04







