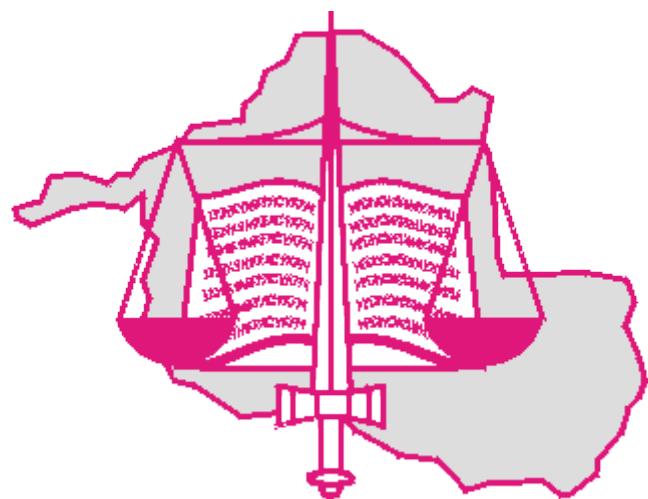


**ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**



EMERON

**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**

(Criada em agosto de 1996)

Ano 2003 - N° 11

Porto Velho - Rondônia

CÉSAR MONTENEGRO, PARADIGMA DE JUIZ (TRAÇOS BIOGRÁFICOS)

Dimas Ribeiro da Fonseca

Potiguar de tradicional estirpe, nasceu na cidade de Nova Cruz, a três de outubro de 1921, filho de Eurico Soares Montenegro e de Clidenora Soares Montenegro.

Casou-se em 1950, em São Paulo, com Alba Dantas Montenegro, musa dos seus sonhos, enamorados desde o alvorecer da adolescência. Do consórcio houveram as filhas Maria Eugênia Dantas Montenegro e Sônia Dantas Montenegro.

Destemido para as aventuras dificeis, aos 19 anos de idade, deixou a terra berço no navio "Comandante Hipper" com destino ao Rio de Janeiro, a fim de continuar seus estudos e trabalhar.

Ainda guarda na memória a lembrança nítida de seu pai, honrado Juiz de Direito que exerceu a judicatura em várias Comarcas do interior do Estado, inclusive da Capital. Como o Fórum era

exíguo, até para as audiências, muitos jurisdicionados o procuravam em casa para aconselhamentos, quando possível. O menino César, de oito anos, demonstrando interesse e a vocação de Juiz, procurava, com cautela, ouvir o que o Pai tratava com as pessoas. Este, não aprovando a atitude do filho, gritava: "Clidenora, tira esse menino daqui". Pouco tempo depois ali voltava, sorrateiramente, o futuro Juiz, feito à semelhança e imagem do Pai.

Desembarcou no Rio de Janeiro e, desde logo, encetou luta renhida para empregar-se. Pouco tempo depois fora admitido no Ministério da Fazenda, como escrivário, transferindo-se, posteriormente, para o Instituto do Sal, onde o vencimento era mais compensador.

Aprovado no vestibular da Faculdade de Direito do Catete, dirigida pelo notável processualista Ari Franco, formou-se a cinco de novembro de 1949, turma Rui Barbosa, em homenagem ao grande Tribuno Baiano nas comemorações de seu Centenário.

A convite do amigo e colega de escola Valdemiro Barbalho, foi para a cidade de Paranavaí, Estado do Paraná, onde permaneceu por quatorze anos, exercendo a profissão e conquistando, pela sua popularidade e simpatia, a eleição de vereador, em dois mandatos, na legenda do PTB. Contudo, permanecia arraigado em sua mente o desejo de seguir a carreira do Pai que sempre o fascinou. Deslocou-se para São Paulo com esse intuito, mas os entraves eram tão grandes à época que desistiu do Concurso, não da idéia fixa de ser Magistrado. Inscreveu-se, em Brasília, no Concurso de Juiz dos Territórios Federais, obtendo aprovação destacada entre os candidatos.

Fora nomeado em 1967 para a Comarca de Guajará-Mirim, Rondônia, quando o vasto Território, idêntico em superfície ao Estado de São Paulo, só possuía as Comarcas de Porto Velho e Guajará-Mirim. Era o tempo do "chumbo grosso", como se dizia, na fase do regime de exceção, quando foi cassado o saudoso Juiz de Direito, Antônio Pacca, oportunidade em que César Montenegro exerceu Jurisdição Plena em todo o Território Federal de Rondônia.

Aposentou-se em 1977, sendo, mais uma vez, convocado para nova missão como Desembargador do Tribunal de Justiça, instalado a vinte e seis de janeiro de 1982.

Recebeu, de início, a incumbência conferida pelo Presidente da Corte, Fouad Darwich Zacharias para regulamentar e coordenar a aplicação do Primeiro Concurso para preenchimento das vagas da nova magistratura. Integrou a Banca Examinadora de Direito Civil e Processual Civil procurando selecionar os melhores para a nobre missão que tanto conhecia nos seus aspectos teóricos e práticos.

Escolhido Presidente do Tribunal para o Biênio 84/86, procurou, desde logo, criar a Justiça Itinerante oferecendo ao povo em geral o serviço gratuito de Registro Civil nos bairros da Capital e à população ribeirinha. Assim, antecipou em parte a Justiça Rápida dos nossos dias. Redigiu o primeiro Regimento Interno, bem como o primeiro Ementário de Jurisprudência da Corte.

Sem descurar do seu trabalho intenso, escreveu as seguintes obras:

- | | | | |
|---|------|---------|-----------|
| . | Ação | Cambial | de |
| . | | | Cobrança; |
- . Aprendendo a advogar;
 - . Proponha uma ação no processo ordinário;
 - . Ação de despejo;
 - . Dicionário de prática processual civil.

A continuidade do aprimoramento do dicionário coloca-o, no passar dos anos, como obra de grande aceitação em todos os Estados.

No momento, cioso da responsabilidade de contribuir para as letras jurídicas, continua a escrever, prevendo o lançamento de dois livros, já concluídos, que versam sobre responsabilidades civil e

procedimentos especiais. Pretende lançar no próximo ano um comentário sobre o Novo Código Civil, estando, para tanto, em fase de estudo e pesquisa sobre a parte geral.

Da aposentadoria compulsória que o atingiu em 1991, só lamenta o fato de tê-lo atingido no auge de sua maior produtividade como magistrado.

Todos os seus contemporâneos reverenciam a sua grandeza profissional, por ele honrada e dignificada em toda sua vida.

Em homenagem aos Desembargadores aposentados, o Tribunal de Justiça realizou Sessão Solene em que, na oração que proferi, disse a seu respeito:

Varão romano, vocacionado para a vida judicante porque traz no seu próprio código genético a marca de uma estirpe de magistrados.

Foi exemplo de dignidade e erudição em todas as Comarcas que tiveram a felicidade de tê-lo como Juiz. Em Rondônia exerceu, por longos anos, profícua atuação de Porto Velho a Guará-Mirim, na época em que os tropeços e dificuldades eram a tônica que envivia o Juiz dos Territórios.

Convocado, mais uma vez, para a criação da justiça no novo Estado, ajudou a edificar, com o brilho da sua inteligência e o dinamismo da ação, a sua estrutura definitiva.

O seu trabalho foi imensurável, notadamente com a experiência segura e firme haurida nos longos anos
de Magistrado.

Exerceu, com denodo e altivez, os cargos de direção deste Tribunal, deixando, em todos eles, a marca de sua fulgurante passagem.

Eis, em síntese, os traços de uma vida pródiga em fazer o bem e apaziguar os conflitos entre os homens.

Porto Velho, novembro de 2003

Desembargador Dimas Ribeiro da Fonseca

Coodenador da Presidência do Tribunal de Justiça

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO NOVO CÓDIGO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Alexandre Miguel

Juiz de Direito da Comarca de Porto Velho/RO

INTRODUÇÃO

O tema que me propus discorrer diz respeito aos principais pontos de novidade introduzidos pela Lei n. 10.406/2002, o novo Código Civil¹, no que concerne à parte referente à responsabilidade civil.

Em plena fase do liberalismo, já se afirmou que o direito civil poderia ser reduzido a três princípios cardinais: o respeito à propriedade; o reconhecimento da força obrigatória dos contratos; e o princípio da reparação do dano.

Se por um lado é certo que, com o evoluir do homem e dos fatos sociais, o conceito de propriedade e a força obrigatória dos contratos passaram a ser relativizados e flexibilizados pelas exigências da vida social e econômica, não menos certa é a assertiva de que não há matéria jurídica em que o movimento das idéias tenha sido tão intenso nos últimos anos do que o da responsabilidade civil.

Registra a história do direito que a responsabilidade civil inquieta o homem desde priscas eras. Com efeito, quanto mais o homem está em perigo tanto mais experimenta a necessidade de ser protegido pela lei. O desdobramento da responsabilidade é assim, função da insegurança, impondo, por outro lado, a necessidade de que sejamos responsáveis pelos nossos atos.

A primeira causa do progresso da responsabilidade é de ordem social, ao mesmo tempo que de ordem científica, estando, ainda, ao lado dessas, razões de ordem moral e ética.

No velho direito romano já havia a preocupação em assegurar um certo equilíbrio social, com a máxima *neminem laedere*,

1 - Na seqüência do texto usarei as abreviaturas CC16 para designar o Código Civil de 1916, revogado, e NCC quando se tratar do novo Código Civil, em vigor desde o dia 11 de janeiro de 2003.

resumindo o sentimento de que a ninguém é dado direito de causar dano a outrem.

Mas, em outras épocas, quando ocorria um acidente cuja causa permanecia desconhecida, eliminava-se a responsabilidade, atribuindo-a ao ato de uma divindade. Tal ocorrência era tida como um *damnum fatale* ou um *act of God*, vale dizer, coisa do destino, de Deus ou dos inimigos. A melhor opção, então, era deixar as coisas em paz, não perturbar a ordem dos acontecimentos desencadeados por uma suposta força superior.

Movido pelo excesso de cultura e civilização, o homem moderno erigiu a idéia da culpa como móvel central da teoria tradicional da responsabilidade – ao lado do dano e do nexo de causalidade. Então a vítima de um acidente qualquer, para obter uma indenização, teria que oferecer uma tríplice prova: precisava estabelecer, antes de tudo, que sofrera um dano; depois, que seu adversário cometera um delito; e, por fim, de que o dano decorria desse ilícito.

Problemas continuavam. Como um operário que se feriu durante o trabalho poderia provar, por exemplo, a culpa do patrão? Assim, a teoria tradicional da responsabilidade, que repousava em base estreitas, com a necessidade de demonstração de dano, culpa e relação de causa entre esta e aquele, cada vez mais se mostrava insuficiente, trazendo a necessidade de alargar os fundamentos anteriores, que não mais correspondia os anseios dos novos tempos, da complexidade da vida social, econômica e tecnológica da modernidade.

O legislador, a doutrina e a jurisprudência, cada qual a seu modo e tempo, foram quebrando a antiga regra escorada na máxima de que não há responsabilidade sem culpa, sempre procurando assegurar uma reparação à vítima. Nessa medida, foram surgindo a presunção de culpa e o conceito de risco. A tradicional responsabilidade subjetiva tornou-se, em certos assuntos, responsabilidade objetiva, mormente com a ampliação do grau de complexidade da sociedade presente, por força do desenvolvimento tecnológico e da inclusão, quase que contínua, de máquinas e aparelhos dotados de certa periculosidade.

A doutrina estrangeira já fala em presunção de responsabilidade ou de nexo de causalidade, quando uma atividade é apta a causar um determinado dano, tal a fecundidade do tema "Responsabilidade Civil" e a complexidade dos fatos que a vida humana impõe².

Há igualmente avanços quanto à teoria do risco do desenvolvimento, em que hoje um produtor ou fabricante que colocar um produto novo no mercado não tem de assumir o risco de um defeito ou inadequação de uso, que não for científica e tecnicamente detectável.

Significa dizer que, para a exoneração de qualquer responsabilidade, exige-se apenas a prova de que, no momento da colocação do produto no mercado, o estado de conhecimento científico e

tecnológico _ em seu nível mais elevado _ não permitia ao fabricante o conhecimento do defeito do produto, somados à tomada de providências aptas a prevenir ou reduzir as consequências danosas assim que os defeitos forem conhecidos. Lembremo-nos do amianto _ proibido em vários países por conter substâncias cancerígenas _, da talidomida, da vaca louca e de inúmeros outros produtos químicos e farmacológicos.

Mas, diante da fraqueza dos argumentos econômicos a favor da exoneração da responsabilidade e da força expansiva da equidade, alguns tribunais europeus têm reconhecido a responsabilidade do produtor pelo risco do desenvolvimento.

Ante as novas necessidades, devem corresponder novas concepções, novos avanços da ciência jurídica. Portanto, num mundo de permanentes e rápidas transformações ditadas pelo progresso tecnológico e científico, os juristas foram levados a adaptar a legislação. O Brasil não foi exceção, embora o Código Civil não tenha avançado o quanto deveria em alguns pontos, pois deixou, por certo, ajustes a serem feitos ou regulamentações a serem produzidas em normas próprias e específicas.

Diante da magnitude do tema, este ensaio visa, apenas e tão-só, delinear e traçar, em linhas gerais, algumas modificações introduzidas com o advento do NCC em face do CC/16, sem que se pretenda descer a minúcias, advertindo, desde já, que somente o tempo, com o apoio da doutrina e da jurisprudência, poderá dizer a melhor razão, a melhor interpretação de seu texto, pois, quando ocorre a promulgação de uma lei,

2 - Confira-se, na Alemanha, a Lei de 10 de dezembro de 1990 (BGBl. 1990 I, S. 2.634), sobre responsabilidade civil referente às atividades perigosas para o meio ambiente, especialmente o seu art. 6º.

primeiramente existe um apego exagerado ao seu texto, ao seu sentido literal, e, à medida que a lei envelhece, as interpretações tornam-se mais flexíveis, mais maduras, abarcando situações que o legislador não ousou prever.

Voltemos os olhos, então, ao que Miguel Reale chamou de constituição do homem comum, o Código Civil, pois ele regula situações de antes da vida até *post mortem*.

A parte geral do novo Código Civil _ O redator do Projeto do NCC, na parte de responsabilidade civil, foi o emérito professor da PUC-SP, Agostinho de Arruda Alvim, já falecido. Inicialmente é preciso anotar que a lei civil faz a distinção entre atos ilícitos absolutos e atos ilícitos relativos: são atos ilícitos absolutos aqueles que derivam de uma responsabilidade extracontratual, também chamada responsabilidade aquiliana, enquanto os atos ilícitos relativos são aqueles que têm origem em relações contratuais, ou seja, têm derivação na responsabilidade civil contratual.

Os atos ilícitos absolutos vêm tratados em Códigos que seguiram o modelo do BGB alemão, como o nosso _ que distinguem a parte geral da parte especial _ na sua Parte Geral, no Capítulo que integra o Livro "Dos Fatos Jurídicos" (Livro III), em Título denominado "Dos Atos Ilícitos" (Título III).

O legislador optou pela forma abreviada de se denominarem os "Atos Jurídicos Ilícitos", embora haja autores que sustentam que é uma contradição *in terminis* falarmos em "Atos Jurídicos Ilícitos", porque os atos jurídicos não podem ser ilícitos. Mas há uma errônia nessa afirmação porque também os atos ilícitos são atos jurídicos, pois igualmente produzem efeitos jurídicos; são aqueles que integram o âmbito da órbita jurídica.

Assim, também como o crime é um instituto jurídico, os atos jurídicos podem ser ilícitos, ainda que praticados em desconformidade com o direito, dando margem a consequências e efeitos não queridos pelo agente.

Mas, ao invés de usar a expressão analítica "Atos Jurídicos Ilícitos", o legislador adotou a expressão sintética "Atos Ilícitos".

Os atos jurídicos relativos estão previstos na parte em que o Código trata do "Direito das Obrigações". Assim, o que veremos doravante se refere aos atos jurídicos ilícitos absolutos, ou seja, aqueles atos que derivam da responsabilidade extracontratual.

Uma outra observação. O legislador civil adotou, no sistema do NCC, as chamadas cláusulas gerais, que se caracterizam como fonte de direito e de obrigações, os princípios gerais do direito, como regras de conduta que devem nortear o juiz na interpretação e aplicação da norma, ato ou negócio jurídico, e os conceitos jurídicos indeterminados, assim considerados, porque são palavras ou expressões que possuem alto grau de abstração, indeterminação e generalidade, a permitir, no caso concreto, que o juiz preencha o vácuo na hipótese, no momento de submeter o fato à norma. No NCC, a função do juiz foi elevada, eis que a opção legislativa foi permitir que a aplicação da norma não ficasse restrita ao sentido do texto, mas flexibilizá-la na ocorrência de evolução e sentido social dessas mesmas normas.

A responsabilidade civil _ O NCC, no art. 186, apresenta a definição que vem do art. 159 do CC/16, apenas com uma modificação, corrigindo uma erronia anterior.

No art. 159 constava que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

A novidade está na substituição da alternativa "ou" pela conjuntiva "e", ficando o artigo 186 assim redigido: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem". Portanto, não basta que o ato seja ilícito para dar margem à responsabilidade civil. É preciso que cause um dano, não bastando, assim, a simples violação de um direito, como já se pensou.

Por outro lado, o NCC inova em face do CC/16³ com relação à previsão expressa de dano exclusivamente moral, que era bastante discutida _ não na doutrina, mas na jurisprudência, acrescentando ao final do dispositivo: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

³ - O projeto teve início em 1975 e foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 1984 e portanto anterior à atual Constituição Federal.

O dano, ainda que exclusivamente moral⁴, é dano susceptível de reparação, já que o dano, como um dos elementos objetivos que integram os atos ilícitos, pode ser moral, exclusivamente⁵.

Anote-se que, com relação à responsabilidade civil do Estado, tanto o CC/16 quanto o NCC tratam muito pouco sobre matéria de direito público. Isso se explica pela circunstância de ainda não contarmos com uma codificação de direito público ou administrativo. E por isso mesmo a lei civil faz referência às pessoas jurídicas de direito público interno e às coisas públicas. E quando a lei civil alude às pessoas jurídicas de direito público interno, faz alusão à responsabilidade, que pelo CC16 era a responsabilidade subjetiva (art. 15), que já era um progresso, pois, até o final do Séc. 19, o Estado era tido como absolutamente irresponsável e quem respondia, quando muito, era o servidor. Depois passou à culpa presumida, e foi evoluindo até chegar à responsabilidade objetiva.

No art. 43 do NCC, seguindo uma orientação doutrinária e disposta na Constituição anterior e constante da atual Constituição, fez-se referência ao problema da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito interno, excluindo os agentes delegados, concessionários ou permissionários, que também são tratados na Constituição de 1988. Este dispositivo estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, seguindo o princípio do risco administrativo.

O abuso do direito _ Outra novidade está no art. 187, com a previsão expressa da teoria do abuso do direito: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

4 - A expressão dano moral, diz menos do que deveria dizer, sendo que a palavra "moral" dá conotação de honorabilidade _ honra _, de conteúdo de menor significado. Talvez fosse preferível o uso da expressão "dano imaterial" ou "extrapatrimonial", para designar o dano não material, de repercussão variada na ofensa à personalidade, honra, dignidade, etc.. Entretanto, não se pode perder de prumo que a expressão "dano moral" já se encontra, em certa medida, arraigada no cotidiano jurídico.

5 - Inicialmente o projeto continha a expressão "simplesmente moral", que foi aperfeiçoada para "exclusivamente moral", porque a palavra simplesmente carrega em si mesma um significado menos nobre do que aquele que se pretendia dar com a previsão expressa do dano moral.

O abuso do direito era previsto no CC/16 (NCC, art. 188, I, parte final) quando se interpretava a parte final do inc. I do art. 160 de forma inversa, ou seja, mediante interpretação a *contrario sensu*, pois ali constava não constituir atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.

No NCC, considera-se que o abuso de direito é modalidade de ato ilícito, e essa regra teve como fonte direta o Código Civil português, do qual é praticamente cópia fiel de seu art. 334. Na práxis e na doutrina nacional, a teoria do abuso de direito é muito pouco explorada e cientificamente estudada. Por certo, com a previsão expressa a seu respeito, a doutrina nacional dará maior atenção a esse tema.

No ato abusivo, há violação da finalidade do direito, que deve ser avaliada objetivamente, independendo de dolo ou culpa. Aí está a distinção com o ato ilícito do art. 186, porque nesse se exige culpa para a sua caracterização. Mas ambos são atos ilícitos. Apenas o regime jurídico, o tratamento jurídico, é diferenciado. A regra objetiva está em que, no ato abusivo, não é necessária a consciência de se exceder os seus limites; basta que o excedam.

Como o NCC estipula o abuso do direito como causa de nulidade do negócio jurídico (art. 166, VI), ele pode ser alegado em matéria de defesa pela parte a qualquer tempo ou grau de jurisdição e também declarado de ofício pelo juiz, porque é matéria de ordem pública, não precluindo.

Nesses dois artigos (arts. 186 e 187), temos a configuração dos chamados atos ilícitos absolutos, que se caracterizam pelas circunstâncias de que, nesses atos ilícitos há violação de direitos subjetivos absolutos, ou seja, violação de direitos oponíveis contra todos. E mais: essa violação independe de uma relação jurídica determinada entre ofensor e ofendido, como sucede, por exemplo, nas relações contratuais. Não há, de antemão, uma relação jurídica entre pessoas determinadas, que, violada, dá margem ao surgimento da responsabilidade do ofensor em face do ofendido.

Nos atos ilícitos relativos, há um dever jurídico pré-existente em virtude de uma relação jurídica anterior que vincule ofensor e ofendido e que decorre de relações contratuais ou atos jurídicos unilaterais (declaração unilateral de vontade), que dêem margem ao surgimento dessas obrigações entre pessoas determinadas e outras determináveis, como, por exemplo, na promessa de recompensa. Nesses casos, quando há o dever jurídico de fazer a prestação que a parte que é titular desse dever jurídico está obrigada e não a faz, tem-se a violação de um direito subjetivo relativo e a configuração de um ato ilícito relativo.

Com relação a essas duas categorias de atos ilícitos (absolutos ou extracontratuais e relativos ou contratuais), a primeira é tratada na Parte Geral, enquanto a segunda é tratada na Parte Especial, principalmente no Livro concernente ao Direito das Obrigações, no qual se examinam as relações de natureza contratual e as relações decorrentes de negócios jurídicos unilaterais ou declarações unilaterais de vontade.

A responsabilidade civil extracontratual decorre da circunstância de que não viola deveres decorrentes de atos negociais, mas viola diretamente direitos subjetivos absolutos, que se opõem contra todos, e que exigem de todos o dever de abstenção.

Especificamente quanto à teoria do abuso do direito, alguns doutrinadores afirmam ser necessário o elemento subjetivo culpa ou dolo para a sua configuração. Esse argumento, baseado unicamente pela disposição topográfica do dispositivo, já que na sequência do art. 186 que cuida, unicamente, do ato ilícito culposo _ em sentido lato _ não se sustenta, porque uma das primordiais

diferenciações entre os dois dispositivos está, justamente, em que, para o reconhecimento do dever de indenizar decorrente de ato ilícito absoluto puro, é necessária a existência de seus três clássicos pressupostos, ou seja, dano, culpa e nexo causal, enquanto para o abuso, para o excesso aos fins indicados. Não há que se assimilar a teoria do abuso do direito à noção de culpa, pois, do contrário, não haveria sentido qualquer distinção entre os dois institutos. Note-se, que no abuso do direito os limites objetivos da lei não são violados. O que há é desvio de sua finalidade social, ou seja, desvio do direito subjetivo concedido pela norma.

Situações atuais configuradoras de abuso do direito são, v.g., a inscrição do nome de devedor em cadastros restritivos de crédito enquanto aquele discute a legitimidade da dívida, a emissão de letra de câmbio sem previsão contratual ou de duplicata sem lastro mercantil, etc.

A parte especial do novo Código Civil _ A matéria relativa à Responsabilidade Civil decorrente dos Atos Ilícitos Absolutos é tratada no NCC no Título IX, que se encontra na sua Parte Especial, cujo título é "Da Responsabilidade Civil", dividido em dois Capítulos: o primeiro tratando "Da Obrigaçāo de Indenizar" e em seguida cuida o Código "Da Indenização".

Com referência ao tratamento dessa responsabilidade decorrente dos Atos Ilícitos Absolutos também há uma série de inovações entre o NCC e o CC/16. A começar pela sistemática de tratamento, que é diversa. Se examinarmos o CC/16 e NCC, verificaremos que naquele ela se encontra disciplinada em Capítulo que também se encontra na Parte Especial, no Livro relativo ao Direito das Obrigações, mas correspondendo à "Liquidação das Obrigações". No CC/16 há um Título Geral sobre a "Liquidação das Obrigações", no qual se conceitua o que são obrigações líquidas e ilíquidas, e depois há disposições, também gerais, a respeito das liquidações das obrigações, e, em seguida, há um outro Capítulo referente à "Liquidação das Obrigações Resultantes dos Atos Ilícitos" absolutos.

Já o NCC se afasta dessa sistemática, por não conter disposições a respeito da liquidação dessas obrigações. Ele trata, já de início, "Da Obrigaçāo de Indenizar". E no segundo Capítulo dessa Parte Especial, o NCC trata "Da Indenização", que é o Capítulo correspondente ao CC16, quando disciplina a "Liquidação das Obrigações Decorrentes de Atos Ilícitos".

A responsabilidade objetiva _ No primeiro Capítulo, intitulado "Da Obrigaçāo de Indenizar", o NCC traz algumas inovações que são bastante significativas. A primeira delas é aquela que se encontra no art. 927.

Descreve o *caput* desse texto normativo: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Nessa primeira parte não há novidade, senão porque relembra que o Código adotou, como sistema geral, a responsabilidade civil subjetiva, fundada na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar, é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano, e a culpa *lato sensu*, que compreende o dolo e a culpa *stricto sensu*, vale dizer, a culpa nas modalidades de imperícia, imprudência e negligéncia.

Mas a novidade está no parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Trata-se de hipótese de responsabilidade de cunho objetivo, em que se dispensa a demonstração do elemento culpa, bastando a existência do dano e do nexo causal entre o fato e o dano. Portanto, não há necessidade de se examinar se o ofensor laborou em culpa.

Na segunda parte do parágrafo único, há a especificação dos casos de responsabilidade objetiva⁶: a primeira é aquela que ocorre nos casos especificados em lei (v.g.: seguro obrigatório; acidente do trabalho; estradas de ferro; responsabilidade civil do Estado e agentes delegados; danos causados ao meio ambiente; danos nucleares; responsabilidade por danos causados por aeronave a terceiros na

superfície; responsabilidade civil pelo fato do produto, ou pelo fato do serviço; por vício do produto e do serviço, etc.) e a segunda _ a grande inovação _ decorrente do conceito advindo da teoria do risco criado ou risco da atividade (por exemplo, atividades perigosas).

Mas como o NCC não define o que é atividade de risco⁷, é possível que se dê uma interpretação evolutiva ao dispositivo, entendendo como atividades de risco, como exemplos, o transporte terrestre ou aéreo, fornecimento de energia elétrica, água, etc.. Mas é preciso ter presente que o objetivo do legislador foi dar ênfase às atividades de risco, assim entendidas aquelas potencialmente perigosas, cujo hermeneuta deve ter cautela para não dar um elastério na interpretação deste dispositivo, levando a exageros, um "liberou geral", transformando a responsabilidade objetiva, de exceção à regra. Também deve ser entendida como atividade de risco aquela costumeiramente desenvolvida pelo ofensor, e não aquela

6 - Talvez não houvesse necessidade do legislador explicar que a responsabilidade civil objetiva se mantém nos casos e hipóteses já previstos na legislação extravagantes, inclusive na Constituição Federal. Entretanto, optou o legislador por evitar qualquer celeuma a respeito.

7 - Também foi opção do legislador utilizar expressões vagas, ou seja, de conceitos legais indeterminados, deixando ao julgador certa margem de discricionariedade, possibilitando o preenchimento desta indeterminação por aplicação de conteúdos sociais, jurídicos, éticos e mesmo econômico.

atividade meramente eventual, esporádica, momentânea, que desempenhara um ato de risco.

Observe-se que, na responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade, esse risco passou a ser fundamento da responsabilidade, abandonando o ato ilícito como caracterizador da obrigação de indenizar. A obrigação de reparar o dano surge do simples exercício da atividade que o agente desenvolve em seu interesse, em razão do perigo que decorre para terceiros. Deste modo, a responsabilidade civil passou da clássica teoria subjetiva, do campo do ato ilícito, para o lícito, mas gerador de perigo, construindo a teoria objetiva abraçada pelo NCC, no parágrafo único do art. 927.

Diversas as modalidades de teorias do risco. Para a teoria do risco-proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que onde está o ganho, reside o encargo: *ubi emolumentum, ibi onus*. Na teoria do risco profissional, o dever de indenizar sobressai sempre que o fato danoso decorrer de uma atividade ou profissão do lesado (p. ex.: acidente do trabalho), enquanto que, para a teoria do risco criado, todo aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo se provar ter adotado todas as medidas idôneas para evitá-lo. Mas o NCC superou a posição doutrinária, excluindo da defesa à comprovação de adoção de medidas técnicas, constando que haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A legislação civil não fez distinção entre atividade perigosa e não perigosa, que deverá, entretanto, ser complementada pela jurisprudência.

Pode-se chegar a uma classificação das atividades perigosas por meio de processos diretos, naturais ou jurídicos, e por via de exclusão, a das não perigosas. Nestes termos, com base em critérios naturais, atividade perigosa é a atividade que, por sua condição ou pelos meios empregados (tais como substâncias, aparelhos, máquinas, instrumentos perigosos, meios empregados, etc.), se apresentam carregada de perigo. Em função de elementos jurídicos, podem-se qualificar como perigosas as atividades reconhecidas pela jurisprudência ou estabelecidas em lei. Veja-se a fecundidade do tema, que é possível, por exemplo, tomar como orientação subsidiária a relação das atividades perigosas estabelecidas pelas leis trabalhistas, como outrora se fez na Itália, mas os tribunais italianos vêm estendendo a conceituação a várias outras atividades não constantes do rol da norma trabalhista.

Há igualmente autores que consideram atividade perigosa sob um prisma substancial, tendo-se em linha de princípio uma objetiva periculosidade, ínsita em si mesma, ou seja, uma periculosidade intrínseca ouposta em relação aos meios empregados.

Deve ser considerada perigosa aquela atividade que contenha em si mesma uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade médica, e revelada por meio de estatísticas de elementos técnicos e da própria experiência comum, como doutrinou Carlos Alberto Bittar.

Por outro lado, o NCC alude a algumas hipóteses de teoria objetiva, que decorrem da disciplina que deu a essas mesmas hipóteses, como por exemplo, objeto que cai de apartamento, nos quais não se necessita provar a culpa, mas apenas o dano e o nexo causal. A do parágrafo único do art. 927 vem somar-se às demais.

Os casos especificados em lei sobre responsabilidade objetiva não precisam, necessariamente, estar vinculadas à teoria do risco criado, podendo conter ligação estreita com as outras modalidades de risco (proveito, excepcional, integral ou profissional). Mas me parece que este será um trabalho de reconhecimento que deve ser trilhado pela jurisprudência, na adoção de uma interpretação mais flexível do texto legal.

O art. 931 do NCC assevera que: "Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação"

Esse dispositivo também cuida da responsabilidade objetiva das empresas e dos empresários individuais, pelos danos causados pelos produtos colocados em circulação. É mais um caso típico de responsabilidade sem culpa, baseada no risco da atividade, tal qual a preconizada pelo parágrafo único do art. 927.

À primeira vista, poder-se-ia entender que esse dispositivo guarda conexidade com as relações de consumo. Pode-se pensar desta maneira se se notar que este dispositivo foi elaborado muito tempo antes da aprovação do Código do Consumidor. Entretanto, parece-me que o seu contexto não fica sem razão de ser, mesmo tendo igual previsão no Código do Consumidor. É que a aplicação desse art. 931 passa a ser residual. Vale dizer, sendo a vítima consumidora, aplica-se o Código respectivo; sendo relações empresariais ou entre empresas, ou de algum outro modo, fora do alcance da lei consumerista, prevalece o artigo em foco.

Também é possível entender que esse artigo do novo Código amplia a proteção do art. 12 do CDC, imputando responsabilidade civil solidária à empresa e aos empresários individuais na circulação de seus produtos e também que abarque as hipóteses dos riscos do desenvolvimento, teoria vista na primeira parte do texto.

Outra inovação interessante, é aquela constante do art. 932 do NCC:

São também responsáveis pela reparação civil:

I _ os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II _ o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III _ O empregador ou comitente, por seus empregados, serviscais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV _ Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V _ Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Observe-se que este quadro é conhecido, porque previsto no CC/16 (art. 1.521). Mas em seguida dispõe o art. 933: "As pessoas indicadas nos incs. I e V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos".

Note-se que houve a caracterização, diferentemente do CC/16, em que algumas daquelas figuras eram consideradas como de culpa presumida _ por vezes *juris tantum* e outras vezes absolutas, sem

que se permitisse contraprova _ da responsabilidade civil indireta e objetiva, independentemente de culpa.

Desta maneira, não há se que cogitar de culpa *in vigilando* (decorrente da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que está sob a guarda ou responsabilidade do agente), culpa *in custodiando* (falta de atenção em relação a animal ou coisa que estavam sob os cuidados do agente responsável) ou culpa *in eligendo* (que se caracteriza pela má escolha do preposto). Nas hipóteses referidas do art. 932, não há que se examinar a existência ou não de culpa. Cuida-se de mais um caso de culpa objetiva, e, portanto, são hipóteses de responsabilidade que só se afastam _ não pela idéia de ausência de culpa _ pela circunstância de haver algum fato que impeça que haja nexo de causalidade⁸, como, por exemplo, no caso fortuito ou força maior ou ainda quando ocorrente a culpa exclusiva da vítima.

É de se registrar que, nas hipóteses que o CC/16 estabelecia como nos domínios da culpa subjetiva _ pelas quais era necessária a prova da culpa em todas as hipóteses⁹, exceção ao inc. V _, elas estão, agora, no NCC, integralmente no campo da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade civil do incapaz _ Outra novidade a merecer análise é a do art. 928, que atende a um critério de justiça que já era sustentado por parte da doutrina civilista com relação à responsabilidade civil do incapaz. Por vezes, o incapaz é titular de um patrimônio considerável, enquanto seu representante legal não dispõe de meio capaz de responder por danos provenientes de atos praticados pelo incapaz. E, com isso, quem ficava sacrificado era o ofendido.

O *caput* do art. 928 procura afastar a injustiça desta hipótese, ao destacar: "O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pesso

8 - Na culpa exclusiva da vítima, por exemplo, enquanto para alguns doutrinadores é caso de ausência de culpa, é, na verdade, falta de nexo de causalidade, na medida em que (na culpa exclusiva da vítima) o fato não interligou ou houve o rompimento do nexo de causalidade.

9 - Ocorria, no caso, típica inversão do ônus da prova, por que a culpa se presumia e o réu tinha de demonstrar que não agira culposamente.

as por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes".

O legislador estabeleceu a responsabilidade do incapaz, de forma objetiva, porque aqui também não há que se falar em culpa *lato sensu* (dolo e culpa *stricto sensu*). Por já ser incapaz não pode ele agir dolosa ou culposamente.

Mas o legislador também preferiu, em certa medida, proteger o incapaz em face dessa responsabilidade pessoal que lhe deu. Por isso o parágrafo único declara: "A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem".

Com esse critério, de se determinar que a indenização seja eqüitativa, deve então atender não só ao dano sofrido pela vítima, mas também as possibilidades de pagamento por parte do incapaz.

Aqui há duas inovações em face do CC/16. A primeira, em razão da própria previsão de responsabilidade do incapaz, que não havia na codificação de 1916, salvo aquela do art. 156. A segunda, porque a lei civil sempre teve por objetivo a reparação do dano, de forma integral, ou a mais integral possível. Para efeitos de reconhecer a responsabilidade civil, não se levava em consideração a pessoa do ofensor.

A preocupação, no direito civil, sempre foi com a vítima. Ao contrário do que ocorre com o direito penal, em que há um culto extremado à pessoa do ofensor _ inclusive de maneira científica, pois no direito penal a vitimologia, além de ciência recente é muito pouco explorada, mesmo no Brasil, sendo que a atual Constituição deu tratamento em apenas um artigo, muito pouco conhecido, aliás (art. 245) _, em direito civil, quando se estudam os problemas relativos ao elemento subjetivo da culpa em sentido amplo ou estrito, não se têm pesquisado todas aquelas figuras existentes no direito

penal, algumas das quais emblemáticas.

No direito civil, para se constatar o direito de indenizar, não se faz distinção alguma entre dolo genérico e dolo específico, dolo de perigo e culpa grave, leve ou levíssima, dolo eventual e culpa consciente, a não ser para fins estritamente dogmáticos. Na lei civil, não se faz essa distinção ontológica. Pouco importa à vítima que o seu dano tenha decorrido de culpa levíssima ou de dolo por parte do ofensor. A preocupação sempre foi essa: houve um dano e esse dano deve ser composto.

Já o direito penal se preocupa com o ofensor para puni-lo, e, como consequência, deve levar em consideração aquelas modalidades de elementos subjetivos, justamente para apenar o ofensor, mais ou menos severamente.

O NCC leva em consideração não apenas a pessoa da vítima, mas também a figura do ofensor, se incapaz, tendo em vista a circunstância de que, embora se procure dar um resarcimento à vítima, esse resarcimento pode não ser integral, fugindo daquela concepção tradicional. E por ter que se dar um tratamento equitativo ao incapaz _ levando-se em consideração a condição mesma de incapacidade _ em face do patrimônio de que é ele titular, é que se deve levar em conta a pessoa que causou esse dano.

Não se pode negar que essa disposição também é informada pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Assim, parece-me que os representantes legais do incapaz, de um modo geral, deverão ser beneficiados pelo limite previsto em face do contido na última parte do parágrafo único, de maneira que o patrimônio do incapaz responderá pela indenização, não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando estes se reduzirem ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

Uma interpretação ao art. 928 e seu parágrafo único, conjugado com os arts. 932, 933 e 942, permite concluir que a responsabilidade do incapaz somente ocorre de maneira subsidiária, secundária ou excepcional, e, como devedor principal ou solidário com seus pais, apenas na hipótese de emancipação do menor de 18 anos, na forma do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do NCC.

A responsabilidade pelo fato da coisa _ No art. 936 há outra inovação. É a de restringir a defesa do dono ou detentor de animal que cause dano a terceiro. Esse dispositivo trata da responsabilidade pelo fato da coisa, tendo em vista a circunstância de que o animal é considerado, juridicamente, como coisa.

O CC/16, quando tratava dessa questão, admitia que "O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

I _ que o guardava e vigiava com cuidado preciso; II _ que o animal foi provocado por outro; III _ que houve imprudência do ofendido; IV _ que o fato resultou de caso fortuito ou força maior" (art. 1.527).

O NCC restringe mais a defesa do dono ou detentor do animal e protege mais a vítima ao estabelecer: "O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior" (art. 936).

Esse dispositivo está no terreno da responsabilidade subjetiva, com culpa presumida, tanto que se estabelece que "se não provar culpa da vítima ou força maior". E mais: trata de hipótese, ainda que previsível, mas absolutamente inevitável.

Há, portanto, uma restrição de possibilidade de afastamento da culpa presumida, e, consequentemente, um tratamento mais favorável à vítima, típica do direito civil. Essa responsabilidade civil presumida é, entretanto, relativa, e cede espaço à demonstração de culpa da vítima, por exemplo, ao ingressar em local privado da residência, quando atacado por um cão, máxime se este era vigiado e guardado de forma adequada ou nas hipóteses de força maior.

A cobrança de dívida já paga _ No art. 940, há uma ocorrência inovadora que se deu ao tratamento da prescrição e da decadência, e não especificamente ao campo da responsabilidade civil, mas que merece uma nota.

Diz o art. 940:

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

A novidade está na parte final do dispositivo, que corresponde ao art. 1.531 do CC/16. A ressalva é apenas com relação à prescrição.

O art. 1.531 do CC/16, na parte inicial, é de igual teor. Mas a parte final é diversa. A exceção consta da seguinte maneira: "salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação".

Houve um apuro de linguagem no NCC, corrigindo uma atecnia, uma imperfeição, e dando tratamento igualitário que se estabeleceu na parte geral aos institutos da prescrição e decadência.

O NCC, na parte geral, estabelece uma distinção fundamental entre a prescrição e a decadência. Considera que só há prescrição quando houver violação de um direito subjetivo, isto é: quando há a violação de um direito subjetivo, nasce a pretensão de direito material, que não se confunde com aquela de direito processual. Só ocorre a prescrição quando se violar um direito subjetivo. Mas, não só quando se perde o direito subjetivo é que ocorre a prescrição, mas também quando não se exerce uma ação judicial contra um dever jurídico estabelecido.

Já a decadência diz respeito _ não ao direito subjetivo _ mas a um direito potestativo, expressão cunhada por Chiovenda, que sustentava que a natureza jurídica da ação era de ser ela um direito potestativo.

Esse direito potestativo caracteriza-se como um poder, no qual não é necessária a colaboração da pessoa contra quem esse poder se exercita, estando esta apenas submissa, sujeita à atuação unilateral do titular do poder (p. ex., na retrovenda, com a possibilidade da volta de ser proprietário; no direito de despedida do empregador em face do empregado, não havendo nenhuma colaboração por parte deste)¹⁰.

O NCC adotou o critério científico de Agnelo Amorim Filho¹¹ para distinguir a prescrição da decadência, enquanto o CC16 adotara o de Câmara Leal, imperfeito _ segundo o qual a decadência extinguia o direito, enquanto a prescrição extinguia a ação, que não era suficiente para explicar a complexidade do fenômeno _ e que trazia inúmeras confusões, pois tratava, num mesmo dispositivo, de prazos de prescrição e de decadência.

10 - Esses exemplos são de submissão de uma das partes sobre a outra que detém o poder. São casos de decadência. Também o vício redibitório, a anulação de atos jurídicos, de casamento são tidos como direito potestativo. Todos os prazos que não estão especificamente nos artigos referentes à prescrição, na parte geral ou não se referirem especificamente à prescrição, são prazos de decadência.

11- Cf. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", in RT 300/7.

No estudo de Agnelo Amorim Filho, quando a pretensão de direito material for de natureza condenatória, bem como as execuções decorrentes destas mesmas pretensões, o prazo previsto em lei é de prescrição. Já o prazo previsto expressamente na lei, para o exercício das pretensões de natureza constitutiva, é de decadência, pois esta pretensão constitutiva se caracteriza como direito potestativo. E as pretensões constitutivas sem que haja prazo para o seu exercício, bem como as declaratórias, são perpétuas e imprescritíveis, podendo ser ajuizadas a qualquer tempo.

A responsabilidade solidária _ no art. 942 há uma outra novidade. É uma explicitação do que a doutrina e a jurisprudência já vinham entendendo, mas que não constava do CC16, embora a sua interpretação possa trazer alguns inconvenientes, principalmente quando confrontado com o art.

928, já analisado.

Descreve este dispositivo que: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação".

O seu Parágrafo único define: "São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

Observe-se que a solidariedade ocorre não só no caso de ocorrer uma pluralidade de agentes, mas também entre as pessoas referidas no art. 932. Desta maneira, a vítima pode mover ação de indenização contra qualquer um ou contra todos os devedores solidários.

Mas algumas implicações decorrem. A responsabilidade daqueles designados pelo art. 932 o são independentemente de culpa, em face do disposto no art. 933. Entretanto, se a vítima mover ação de indenização contra todos os devedores solidários (ofensor e responsável), em certa medida, haverá de demonstrar que o ofensor agiu com culpa, pois a legislação não o indicou como integrante da responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva somente deve ser aplicada quando houver lei expressa que o autorize. Na ausência de autorização legal, a responsabilidade civil por ato ilícito será, sempre, subjetiva, pois esta é a regra geral de nosso direito civil. Nesse sentido, a questão retornaria próximo ao sistema anterior, de culpa presumida.

Também o texto não traz nenhuma ressalva quanto aos incapazes. Assim, seria possível entender que esse texto estabelece a responsabilidade solidária do incapaz e das pessoas designadas no art. 932.

Entretanto, reportando-se ao quanto se disse quando do comentário ao art. 928, a responsabilidade solidária do menor só ocorre quando de sua emancipação, nos termos ali referidos. De resto, ela é subsidiária ou secundária.

A transmissão do dano moral _ O art. 943, embora tenha uma correspondência com o art. 1.526 do Código anterior, permite idealizar uma novel circunstância: a transmissão do dano moral, pela herança.

Determina esse dispositivo que: "O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança".

O direito de exigir a reparação é pretensão de direito material, mormente estando em face de norma de direito material, não se cuidando de pretensão de direito meramente processual. Assim, há ainda apenas a violação de um dever jurídico, inexistindo demanda judicial. Em sendo desta maneira, parece perfeitamente possível e compreensível a transmissão, pela herança, do direito moral, mormente se considerar que a reivindicação do dano moral não pertence exclusivamente à vítima.

A nova redação, sem alterar a substância da redação anterior, apenas exclui a exceção que antes continha, ou seja, de excluir a transmissão referida nos casos expressos pelo Código.

O colendo STJ entendera pela transmissão do direito de ação aos herdeiros da vítima, porquanto se tratava apenas de transmissão de

12- Resp. 11.735-0-PR, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 29 de novembro de 1993, em Acórdão assim ementado: Responsabilidade civil do Estado. Reparação de danos causados em acidente de veículos. Morte de menor. Dano moral. Transmissão do direito de ação aos sucessores. I _ A cumulação das indenizações por dano patrimonial e por dano moral é cabível, porquanto lastreadas em fundamentos diversos, ainda que derivados do mesmo fato. II _ O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima. III _ Recurso especial conhecido, mas desprovido. Unânime.

direito de ação por dano moral, e, portanto, de natureza evidentemente patrimonial¹².

Ocorre que, ainda sob a égide do CC/16, o colendo STJ, com nova composição, decidiu a respeito da impossibilidade de transmissibilidade do direito moral, se o ofendido, em vida, não dera intento à ação de indenização visando à reparação moral¹³.

A orientação hoje predominante no STJ é de que, se já houver ação em curso visando à reparação de dano moral e seu titular falecer, é possível a transmissão aos herdeiros desse direito¹⁴. Mas, se o ofendido não tiver ingressado com nenhuma ação e falecer, a transmissão a terceiros, ainda que herdeiros, como filhos legítimos, por exemplo, não é possível, dado o caráter personalíssimo desse direito.

Parece-me haver uma tendência daquele Tribunal de manter a posição de impossibilitar a transmissão, em favor dos sucessores, do direito de ação por danos morais, quando o ofendido não o tenha feito em vida, entendendo a honra como um bem personalíssimo e os bens morais do indivíduo inerentes à pessoa, que com ela desaparecem. É questão tormentosa, que a jurisprudência e a doutrina, por certo, terão o ensejo de enfrentar novamente, buscando uma consolidação de idéias e atitudes, pois, se de um lado soa estranho que o sucessor da vítima aione o ofensor, por ofensa que aquela não se dispôs a fazê-lo, talvez por não se considerar atingido, não menos certo é que o direito de ação visando à reparação de danos morais é de natureza exclusivamente material.

Mas há um outro dado complicador para a não admissão da transmissão do dano moral, tal como acima colocado. A reparação dos danos morais possui caráter sancionador, ou seja, punitivo e compensatório

13- Resp. 302.029-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 29 de maio de 2001, em Acórdão assim ementado: Recurso Especial. Processo Civil. Acórdão. Omissão. Invalidade. Inexistência. Divergência jurisprudencial. Comprovação. Dano moral. Ação de indenização. Herdeiros da vítima. Legitimidade ativa ad causam. Inexistência de invalidade do acórdão recorrido, o qual, de forma clara e precisa, pronunciou-se acerca dos fundamentos suficientes à prestação jurisdicional invocada. Não se conhece o Recurso Especial pela divergência se inexiste a confrontação analítica dos julgados. Na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam. Por maioria.

14- Resp. 440626-RJ, Rel. Ruy Rosado de Aguiar.

rio. Assim, a permitir a transmissibilidade do direito de ação por dano moral, é romper uma das facetas da natureza da própria reparação, suprimindo o sentido compensatório, de satisfação à vítima, para deixar apenas o sancionador, a pena, equiparando a indenização por dano moral à indenização por dano material, e desconsiderando as diferenças essenciais entre as referidas indenizações.

Fica, porém, o registro para melhores e oportunas reflexões a respeito.

A responsabilidade civil no direito de família – a obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito absoluto também é aplicável ao direito de família. Não se pode negar a importância da responsabilidade civil, que invade todos os domínios da ciência jurídica, e, tendo ramificações em diversas áreas do direito, é de se destacar, dentro das relações de natureza privada, àquelas de família, em que igualmente devem ser aplicados os princípios da responsabilidade civil.

Embora as relações familiares sejam repletas de aspectos pessoais, afetivos e sentimentais de variada ordem e matiz, envolvendo as pessoas numa expectativa de um projeto duradouro, mas cujo rompimento pode ser inevitável, aparecem numerosas situações em que os deveres de família são violados. As sevícias, as ofensas morais e físicas, as injúrias graves praticadas por um cônjuge contra o outro, a transmissão e contágio de doenças graves, às vezes letais, o abandono material e moral do companheiro, o abandono material e moral do pai pelo filho, a recusa no reconhecimento da paternidade, a negação de alimentos, a difamação, perecimento, extinção ou ocultação de bens a partilhar, são alguns exemplos dessa seara.

A aplicação dos princípios que regem a responsabilidade civil no âmbito do direito de família também tem sustentação constitucional, especialmente na cláusula geral de proteção à dignidade humana.

Mesmo o art. 186 do NCC não exclui a aplicação da reparação civil no campo do direito de família. Tanto o Código Civil francês (art. 226) quanto o português (art. 1.792) possuem expressa previsão de aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares.

Mas é importante frisar que, se por um lado o legislador brasileiro perdeu uma oportunidade histórica de contemplar expressamente a possibilidade de se aplicar os princípios da responsabilidade civil no âmbito do direito de família, com alguns condicionantes objetivos, não menos certo é que sua ocorrência pode estabelecer-se independentemente dessa previsão. O que é preciso divisar, entretanto, é que a susceptibilidade humana é variada e não é o simples rompimento afetivo que imporá o dever de indenizar, mesmo que exclusivamente moral. Assim, não é o rompimento de uma convivência duradoura ou com expectativa "eterna" que gerará o dever de indenizar. É necessária a ocorrência de uma violação a um dever de família, provocado por ato injusto do outro cônjuge.

Neste sentido, o colendo STJ¹⁵ decidiu que "o sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral", "diante do comportamento injurioso do cônjuge varão em face da esposa".

Assim, a ação de responsabilidade civil por dano material ou moral pode ser pleiteada em razão do descumprimento de algum dever de família, não se mostrando correta a afirmação de que a pensão ou os alimentos prestados por um dos cônjuges ao outro retiraria o dever de indenizar. A indenização prestada pelo cônjuge culpado da separação não tem, nessa medida, caráter alimentar, mas tem como suporte básico os pressupostos do direito comum, estabelecidos ao resarcimento do dano. A pensão alimentícia repara apenas a indevida supressão do dever de socorro, sendo que outros danos (moral ou material) resultantes da separação do casal serão restabelecidos ou compensados com base no direito comum.

A fixação da indenização _ no Capítulo II da Parte Especial, há outras inovações. A primeira delas é a constante do art. 944. Diz o caput: "A indenização mede-se pela extensão do dano". O parágrafo único traz outra novidade, primeiramente em razão da preocupação com a vítima, ou seja, uma atenuação à preocupação da vítima.

Como já anotado acima, no CC/16 não se levava em conta a gravidade da culpa ou o elemento subjetivo. Era necessário o elemento

15- Resp. n. 37051-SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 17 de abril de 2001. É oportuno salientar que, tendo o recurso especial chegado ao STJ em 1993, o processo foi incluído para julgamento somente em 1997. Após o voto do relator, houve pedidos de vista, sendo que, diante da complexidade da matéria, a conclusão do julgamento somente ocorreu quatro anos depois, e o resultado não foi unânime.

subjetivo, mas não a distinção do elemento subjetivo em relação ao ofensor, tendo em conta que no direito civil não se pretende punir o ofensor, mas, sim, proteger a vítima.

Assim, tanto fazia que o dano decorresse de culpa leve ou dolo, porque se a vítima sofre dano, da mesma forma deve ser resarcida.

Nesse ponto, o NCC afasta-se daquela orientação e determina que: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização" (parágrafo único do art. 944). "Gravidade da culpa" significa levar em consideração o grau de intensidade do elemento subjetivo da vítima em relação ao ofensor. E, "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização".

Note-se que o legislador levou em consideração a gravidade da culpa do ofensor. E se houver uma desproporção entre essa gravidade (culpa levíssima, p. ex.) e o dano (considerável, excessivo, em face dessa culpa levíssima), o juiz pode reduzir a indenização de maneira eqüitativa, ou seja, observando não só as condições da vítima, mas também as condições do ofensor.

É inovação sensível que não constava no Código anterior, cuja disposição deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral, além de não se aplicar às hipóteses de responsabilidade objetiva, de vez que o dispositivo manda avaliar o grau de culpa, inexistente nesta.

Esse dispositivo, será, por certo, alvo de infundáveis críticas, como por exemplo, a de deixar ao livre e "prudente" arbítrio do juiz a aferição da desproporção, para a fixação do valor da indenização. Entretanto, o NCC adotou um sistema carregado de mobilidade, a permitir o seu aperfeiçoamento por meio da aplicação e interpretação das chamadas cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. É uma exigência da sociedade moderna atual. No âmbito processual, será oportuna a aplicação da uniformização de jurisprudência e das súmulas, para melhor orientar a aplicação do novo código.

O art. 953, parágrafo único, estabelece uma fixação de indenização diversa da do art. 1.547, parágrafo único do CC/16 que diz: "A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único _ Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)."

O art. 953 já prevê que: "A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único _ Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso".

Significa dizer que o juiz, ao fixar a indenização, deverá levar em consideração também a pessoa do ofensor e a pessoa do ofendido, diversamente do CC/16, que levava em consideração apenas a pessoa da vítima.

A concorrência de culpas _ Outra inovação é a do art. 945, que disciplina a concorrência de culpas, que antes ficava a cargo da jurisprudência e da doutrina. O NCC tomou posição, estabelecendo que: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano". É certo que estamos, mais uma vez, no domínio da responsabilidade subjetiva.

Assim, embora possamos encontrar alguns julgados que, defrontando-se com a concorrência de culpa, impunham a divisão, pela metade, dos prejuízos, sem que se preocupassem com o grau de culpas, com a expressa previsão do art. 954, o julgador terá que levar a efeito, na determinação do *quantum* da indenização para efeitos de condenação, a proporcionalidade da gravidade das culpas cometidas. Significa dizer que, se as culpas forem iguais, a indenização deve ser dividida pela metade; se estabelecerem diferenças, uma mais caracterizada que outra, deverá haver a condenação com base em frações ou proporções (p. ex.: 1/5, 3/4, 2/3, 40%, 70%, etc.).

É, portanto, no cotejo de culpas que se estabelecerá o valor da indenização. E essa análise do grau de culpas deverá ser levado a efeito pelo julgador todas as vezes que se alegar ou se reconhecer a concorrências delas.

Considerações finais

A disposição constante no art. 949 do NCC, cuja correspondência é o art. 1.538 do CC16, é de pouca utilidade, haja vista que o que nele se contém na primeira parte, nada mais é do que a extensão do dano prevista no *caput* do art. 944 (aleijão, deformidade, etc), enquanto a segunda parte é natural pelo próprio grau de desenvolvimento do direito, com o reconhecimento, por exemplo, do dano moral.

No art. 951, temos a indenização decorrente de atividade profissional, com a seguinte redação: "O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho".

Essa responsabilidade deve ser analisada em face do CDC, se a relação do profissional da saúde em geral (médicos, enfermeiros, dentistas, psicólogos, etc.) e a vítima forem de consumo ou contratual, porque, em certa medida, aquele diploma legal atribui a alguns profissionais a responsabilidade objetiva e a outros a responsabilidade subjetiva.

Mas esse dispositivo traduz a responsabilidade profissional de saúde em geral, e deve ter aplicação quando, por exemplo, a relação do profissional e da vítima decorrer de atendimento de emergência, sem consulta a este ou sua família, a respeito da preferência do profissional.

É preciso deixar registrado que o NCC, na parte de responsabilidade civil, poderia ter avançado mais, ou ao menos, dissipado alguns inconvenientes, como por exemplo, os dois últimos artigos citados. Mas, sobretudo, é preciso que o profissional do direito abdique de sua crítica nua e crua e passe a uma posição mais concreta, contanto pragmática. Foi-se a etapa de críticas e sugestões. Estabeleceu-se, agora, uma nova fase. A fase da aplicação e da interpretação. A talvez aqui valha a lição do memorável Pontes de Miranda, no Prólogo de seus Comentários à Constituição de 1946: "A primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. Com antipatia não se interpreta, ataca-se".

BIBLIOGRAFIA.

- Amorim Filho, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. RT 300/7.
- BITTAR, Carlos Alberto. *A objetivação da teoria da responsabilidade civil: posição das atividades perigosas*. In Direito Civil Constitucional. 3. edição, São Paulo: RT, 2003.
- Cavalieri FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. edição, 4^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Garcez NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, junho de 1941.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. edição at. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8. edição. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagantes Anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil IV. Responsabilidade civil*. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2002.

JURISDIÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL

Antonio Rulli Júnior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Constitucional e de Direitos Humanos da Faculdade de Direito do UNIFMU, Membro Fundador e Titular da Academia Paulista de Magistrados, Membro Titular da Academia Paulista de Letras Jurídicas e Grã-Cruz da Ordem do Mérito Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho _ 2^a Região _ São Paulo.

INTRODUÇÃO

Agradeço o convite dos Eminentess Colegas da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, Desembargador RENATO MARTINS MIMESSI, Diretor, e do Juiz de Direito MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA, Vice-Diretor, para participar do lançamento da Revista Especial em homenagem ao Desembargador CÉSAR MONTENEGRO.

Pensando na vida do Desembargador César Montenegro, dedicada inteiramente à jurisdição, distribuindo Justiça e pacificando nas terras da nossa Amazônia Ocidental, veio-me à mente a preocupação de todos nós ao atuarmos na área criminal e na que diz respeito à recuperação daqueles que cumprem pena e devem retornar à sociedade aptos a uma inclusão social, por todos desejada.

O Estado de Direito pressupõe cidadania e democracia.

A abordagem da Reinserção Social no Estado de Direito envolve, sobretudo, a cidadania.

Esta cidadania é o objetivo de uma sociedade democrática, dando espaço à efetiva reinserção social de quem tenha delinqüido e cumprido pena de segregação.

A recuperação do egresso evita a marginalização e o retorno à vida do crime, possibilitando a recuperação da cidadania plena.

Em qualquer sociedade é impossível acabar com o crime.

Não existirá pena sem tratamento.

Reinserção Social

Teorias: A reinserção social é tema de relevância para o Direito Penal contemporâneo e objetiva amenizar o conflito homem-sociedade.

Passa a reinserção por uma cronologia necessária: reeducação e ressocialização¹.

A problemática surge no Direito Penal que considera a pena como medida que "castiga" para reeducar, ressocializar e reinserir o egresso no social do qual se afastou.

Modernamente², "não se questiona ser o ideário teórico" da "Defesa Social" um prolongamento do antigo "correcionalismo". Marc Ancel, na França, anteriormente Filippo Gramatica³, na Itália, respondem pela modernidade do que se chamou "Defesa Social", há, ainda, a "Pedagogia Criminal" que implica na questão educacional.

As teorias que cuidam da pena como castigo para ressocializar alicerçam-se na Teoria Psicanalítica e na Teoria Marxista. A psicanalítica, defendida por Luiz Jiménez de Asua⁴, interpreta os trabalhos de Freud e de Adler, em relação ao delito e à pena que o Estado tem "o direito" de aplicar. A teoria marxista, defendida pelo criminalista peruano Espinosa⁵, explica a necessidade da ressocialização, criando correntes de política criminal: Ressocialização Legal, Teoria das Expectativas e Terapia Social Emancipadora, concluindo que o delito não é somente uma responsabilidade do cidadão delinqüente, mas também da comunidade em que os fatos se desenrolam.

É bom lembrar aqui Rousseau (Contrato Social e *Emile*), para quem o homem é produto de seu meio social e, ainda, Hobbes (Leviatã) que defende ser a sociedade um instrumento de correção para as distorções do caráter do homem.

A reinserção social, mais do que um conceito, torna-se uma questão de método dentro da cidadania,

dependendo da vontade política de se criar um mínimo de segurança e sustentabilidade. A humanização é o princípio epistemológico fundamental da ressocialização⁶. O tratamento do preso não

1 - Romeu Falconi, "Sistema Presidial: Reinserção Social". São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 115.

2 - Op.cit., pp.114/115.

3 - "Princípios de Defesa Social", Madrid, 1974, Editorial Monte Corvo, de Filippo Gramática e "A Nova Defesa Social", de Marc Ancel. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, (prefaciado por Hélio Claudio Fragoso).

4 - *Psicoanálisis Criminal*, Buenos Aires: Editorial Losada S/A, 1947.

5 - "Ciência Penitenciária", Alejandro Solis Spinoza, Lima, Peru, Editorial e Imprensa S/A, 1986. Spinoza é Professor de Derecho Psicológico, Ciência Penitenciária y Criminología da Universidad Nacional Mayor de San Marcos, fundada em 1551, sendo a mais antiga da América do Sul.

pode ser um discurso lacônico, devendo-se avaliar a utilidade da prisão como elemento ressocializador do delinquente. A pena com as características acentuadas de punição não acrescenta nenhum benefício ao trabalho da reeducação, da ressocialização e muito menos da reinserção social⁷. A sanção penal corporal consiste na privação da liberdade, da segregação do indivíduo e terá que estar num último degrau hierárquico da punição.

O nosso Código Criminal do Império de 1830 criou, pela primeira vez no direito penal, as chamadas penas alternativas, exatamente para evitar o caráter deletério das prisões. Este Código foi adotado pela Espanha e pelos países nórdicos.

As penas alternativas são aquelas penas sem prisão e quando surgiram criaram aquela imagem de que o Brasil não era um país sério, porque não havia prisão para determinadas penas; e hoje todos os Códigos penais as adotam.

A escala do condicionamento social parte de um mínimo, representado pelo encarceramento até atingir o máximo, que é a reintrodução do condenado no convívio social. A pena só será verdadeira se atingir determinados fins, como acentuam nossos Código Penal, Código Processual Penal e Lei de Execuções Penais. A pena que não reúne condições de diminuir e avaliar os males que produzem se torna inócuas⁸ e perde sua finalidade que é a reeducação, a ressocialização e a reinserção social. Não é a punição carcerária que, por si mesma, forma uma mentalidade regeneradora no recluso. A recuperação dependerá da compreensão do universo social do qual provém o indivíduo⁹. Deverá haver uma escala progressiva a seguir na direção correta da reinserção. O delito só poderá ser ultrapassado pelo "exercício da iniciativa e das responsabilidades individuais, e da participação, por mínima que seja na vida social"¹⁰, caso contrário, ao deixar a prisão, o preso não reconhecerá a sociedade e como consequência o Estado lhe estará negando a cidadania.

6 - Romeu Falconi, "Sistema Presidial: Reinserção Social", São Paulo, Ícone Editora, 1998, p.117.

7 - id., ib.

8 - id., ib., p.118.

9 - Pedro R. David, "El mundo del delincuente", Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976, p. 130.

10- Maria Augusta Negreiros, "A Prisão numa Sociedade Democrática, Raiz e Utopia", Lisboa, IRS, 1981.

A cidadania exige que não se limite tão-somente o convívio interno do presídio, mas, pelo contrário, exige que, no sistema de reinserção social, o presidiário passe pela reeducação e ressocialização,

mantendo seus laços afetivos com a sociedade. Portanto, os agentes penitenciários deverão passar por cursos especializados de ciência penitenciária.

O nosso sistema penal e de execução penal estabelece para isso três regimes: o fechado, o semi-aberto e o aberto.

Conceito:

A reinserção social é um Instituto de Direito Penal¹¹, que se insere no espaço próprio da Política Criminal (pós-cárcere), voltada para a reintrodução do ex-convicto no contexto social, criando um modo de convivência entre este e a sociedade, com isso, esperando-se a diminuição da reincidência e do preconceito, tanto de uma parte como de outra, em perfeita coexistência pacífica.

A reinserção "é o retorno, condicional ou definitivo, ao meio livre"¹², pelo delinquente, dentro de um padrão de vida pautado pelo dever jurídico penal.

Os fatores que induzem à criminalidade são diversos, entre os mais conhecidos são aqueles da própria personalidade do agente¹³ e os sociais.

Há de se procurar um meio termo nas relações sociais entre o reinserido e a sociedade, respeitando-se a personalidade do egresso.

O progresso do direito penitenciário mede-se pela capacidade de reinserção social, porque não existirá pena sem tratamento:¹⁴ "Neste sentido, não se trata de impor um conteúdo moral e valorativo concreto _ a "meta" -, mas tão-só de facultar 'caminhos' _ através dos quais se

11- Romeu Falconi, "Sistema Presidial: Reinserção Social", São Paulo: Ícone Editora, 1998, p.122.

12- Luiz de Miranda Pereira, "Encyclopédia Polis", Vol. V, p. 283 e seguintes.

13- Os problemas sociais mais comuns ocorrem com a desagregação familiar, Romeu Falconi, "Sistema Presidial: Reinserção Social", São Paulo: Ícone Editora, 1998, p.125.

A personalidade do agente encontra em Enrico Ferri, "*Principii di Diritto Criminale*", Turin, 1928, classificação: "nato", "louco", "de ocasião", "por paixão" e o "habitual".

14- Veja-se a respeito o trabalho "Reinserção Social – Para uma Definição do Conceito", de Anabela Miranda Rodrigues, in Revista de Direito Penal e Criminologia, nº 34, julho/dezembro, 1982, Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 24 a 47.

realiza o pleno desenvolvimento da personalidade humana -, preparando o recluso para decidir, ele próprio, em face das alternativas com que se depara numa sociedade heterogênea e plural. Admitindo-se a necessidade de uma interiorização das normas _ mas não de uma determinada concepção do mundo -, procura-se ao mesmo tempo obter, para além do mero respeito pelas normas penais, uma atitude positiva perante os valores e bens jurídicos que subjazem àquelas proibições"¹⁵.

Seria a alternativa segura à ressocialização para a moralidade, correlação entre delinqüência e reinserção social, numa sociedade pluralística e democrática que tem por finalidade precípua o pleno exercício da cidadania, onde se distinguem as normas morais que não podem ser impostas pelo Estado, diferentemente das normas jurídicas que são impositivas, não se podendo transformar a culpa moral em culpa jurídica¹⁶.

O recluso estará protegido, como qualquer outro indivíduo, pelos direitos fundamentais, e direitos humanos¹⁷, exigindo-se do Estado o respeito aos direitos dos presos¹⁸, aliás, exigência de um Estado de Direito e como finalidade a reinserção social dentro do direito penal da culpa que tem por finalidade a dignidade humana.

Não há como separar a pena do tratamento, a qual se constitui em base da reinserção social¹⁹. O binômio pena-tratamento torna-se dever do Estado, por ser questão evidente de cidadania: alguém

doente que necessita dos cuidados da sociedade, porque não haverá êxito no tratamento fechado que é a instituição penitenciária, mundo artificial, pouco recomendado para um tratamento ressocializador²⁰. Pena e tratamento não são incompatíveis, porque a conciliação entre ambos representa solução satisfatória, que não pode ir aquém ou além, caso contrário se consti

15- Id., ib., p.35.

16- id., ib., p.37.

17- Sérgio Resende de Barros, "Direitos Humanos – Paradoxo da Civilização", Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003; e veja-se ainda a obra de Antonio Rulli Neto, "As leis de Manu". São Paulo: Editora Fiúza, 2003.

18- Héleno Cláudio Fragoso, Yolanda Catão e Elizabeth Sussekkind, "Direitos dos Presos", Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

19- Anabela Miranda Rodrigues, *in* Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 45.

20- Id., ib., p.46.

tuirá em via perigosa²¹, evitando-se o retorno à vida do crime. Portanto, mais do que um simples conceito, a reinserção social se torna uma questão de método e de vontade política, na recuperação daquele que se enveredou pelo crime e que não poderá ser objeto de mero castigo ou de mero tratamento.

Marginalização

A marginalização envolve um conceito específico do que é o marginal

Em uma sociedade onde se prioriza o consumo, torna-se importante o ter mais do que o ser.

Vale um indivíduo que tem, não pelo que ele é.

À evidência, a cidadania requer valores e, portanto, prioriza o indivíduo como destinatário da sua ética. Nem poderia ser diferente no Estado de Direito e no Estado Democrático, em que democracia tem o significado necessário de participação: sem a cidadania não haverá participação, porque em todas as opções o indivíduo terá que considerar valores, se quisermos uma sociedade participativa.

O indivíduo marginalizado pela fragilidade de seus próprios meios de subsistência lutará tão-só pela sobrevivência e limitado pela inserção no mercado de trabalho, não terá como satisfazer suas necessidades mínimas e essenciais: educação, alimentação, habitação, ficando sem condições de auto-sustentação e vida digna. A situação social é marginal²². Marginalidade caracterizada por uma maneira específica de interação dos grupos marginalizados na totalidade da sociedade, em que os mais fracos socialmente seguem as leis dos mais fortes.

Alguns, para escapar desta malha perversa, optam pela criminalidade.

A maioria dos presos está dentro desta categoria de marginalidade dos indivíduos, principalmente, nos grandes centros urbanos, como São Paulo e Rio de Janeiro

21- id., ib.

22 Luiz Pereira, "Populações Marginais", São Paulo, Editora Duas Fronteiras, 1975.

Durante o cumprimento da pena, há uma preocupação permanente em fornecer educação através de cursos que viabilizam a formação profissional com cursos técnicos, entre outros, além de trabalho nos presídios, respeitando-se, contudo, a livre escolha feita pelo condenado.

No Estado de São Paulo, há a Fundação de Amparo ao Preso "Professor Manoel Pedro Pimentel" _

FUNDAP, da Secretaria de Assuntos Penitenciários. É o esforço na recuperação do preso _ reeducação e ressocialização _ com resultados teóricos e práticos positivos, no tratamento da delinqüência e no amparo da família do detento.

Há, ainda, política criteriosa da Secretaria de Assuntos Penitenciários na condução da ressocialização dos presos, mantendo visita de familiares, impedindo a quebra dos laços de família, de amizade e de afetividade.

O próprio Código Penal e a Lei de Execuções Penais estabelecem o sistema de regimes prisionais progressivos em regime fechado, regime semi-aberto e regime aberto, como forma dessa ressocialização.

Na prisão, há o Centro de Observação Criminológica onde são constados dados individualizados do preso e informações necessárias da ação penal que respondeu. O Centro dispõe de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais.

O Juiz da Vara das Execuções Penais acompanha o cumprimento da pena e decide sobre a progressão do regime prisional.

O exercício da jurisdição durante a execução da pena se torna indispensável como garantia de reeducação, ressocialização e reinserção social

A jurisdição tem como fundamento o social, o político e o jurídico²³.

O social decorre da necessidade de se atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), o que todos reconhecem como necessário para a convivência humana. O político decorre do poder de império do Estado (*alterum non laedere*), o que ninguém contesta. O jurídico, que é o mais importante, viver honestamente (*honeste vivere*), constitue-se no conceito ético por excelência da Justiça e é admissão unânime do grupo social como lema do bem viver.

23- Antonio Rulli Junior, "Universalidade da Jurisdição". São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1998.

Por que a importância da jurisdição?

A lei brasileira permite ao Juiz decidir favoravelmente ao condenado, na progressão do regime prisional e execução da pena, ainda que contrarie os laudos técnicos dos psicólogos e assistentes sociais ou o próprio parecer do Conselho Penitenciário.

O Juiz leva em conta a personalidade do agente e seu meio social.

Permite que o Juiz decida sobre a remição da pena, computando um (1) dia a menos na pena, na proporção de três (3) dias de trabalho no presídio, entre outros.

O trabalho do preso na prisão é altamente positivo para a ressocialização, além de permitir a reeducação.

Esta tríplice dimensão da jurisdição aborda todos os aspectos das ciências sociais, penais e penitenciárias, deixando, portanto, de abordar conceitos, mas priorizando os métodos em direção à reinserção social, no objetivo de evitar-se a reincidência e diminuir a criminalidade, evitando-se a realimentação do crime organizado.

É sem dúvida, o trabalho do Juiz, do Advogado e do Ministério Público que contribuirá para uma reinserção social definitiva.

Não devemos temer as leis más, se temos bons Juízes, porque a Justiça é o pão do povo e ele está sempre com fome.

E diante da fragilidade humana a Jurisdição não é atividade de risco e por esta razão é preferível, ainda, errar com a Justiça.

Há um trabalho paralelo de parceria da Sociedade e do Estado para evitar a exclusão social e

privilegiar a reinserção social. Evita-se a exclusão social para que no futuro o Estado não tenha que arcar com gasto ainda maior e mais oneroso, com a recuperação do delinquente na prisão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente _ ECA é o exemplo mais eficaz do Estado e da Sociedade para evitar-se a exclusão social, impedindo o fenômeno do menor abandonado e do menor infrator.

Tem sido vitoriosa a ação do Estado e dos Parceiros neste processo e no processo da reinserção social. A Igreja Católica desenvolve trabalho de Pastoral Carcerária e de Pastoral do Menor, tirando da rua menores abandonados e infratores.

Nos Centros Urbanos, as atividades em parceria têm abrangência tais como: tratamento ambulatorial, encaminhamento para cursos de qualificação e profissionalização, atividades esportivas e culturais, espiritualidade, escolarização com proposta pedagógica diferenciada, encaminhamento dos familiares para os serviços da rede, reinserção social, reinserção social da família, palestras educativas contemplando os temas inerentes à faixa etária (sexualidade, religiosidade, cidadania, família, entre outras), com acompanhamento de Equipe Multidisciplinar (Assistente Social, Terapia Ocupacional, Psicólogo, Psiquiatra, Enfermeiros, Pedagogos, Professores e Auxiliares de Enfermagem), Projetos de "Renda Mínima" e "Fome Zero" com às famílias carentes, além de apoio aos Portadores de Necessidades Especiais e aos Idosos.

Estes serviços são prestados pelo Estado, pela Igreja Católica, pelas Igrejas Cristãs e por Organizações Não-Governamentais _ ONGs, com trabalho voluntário, portanto, não remunerados.

É o envolvimento permanente do Estado e da Sociedade com as questões sociais.

A situação econômica e social do Brasil, aliada ao estigma e ao preconceito de que um cidadão que está cumprindo pena, ou mesmo que já tenha cumprido integralmente sua pena, carrega uma marca que são fatores facilitadores à reincidência criminal e ao retorno ao sistema prisional. No Rio Grande do Sul, este índice chega a quase 70%, exigindo uma conscientização geral e atitudes imediatas por parte das autoridades e da própria sociedade, a fim de auxiliar na recuperação e inclusão social do preso. O diagnóstico foi apresentado pelos especialistas que participaram da audiência pública da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa, presidida pelo deputado Padre Roque Grazziotin. O objetivo foi o de debater e buscar alternativas para projetos de reinserção social aos apenados privados de liberdade, em livramento condicional e de apoio do egresso ao sistema.

O preconceito com relação ao preso também tem sido um impeditivo forte à consolidação de projetos de trabalho para o apenado ou egresso do sistema, observou o superintendente da Susepe, Airton Michels. Comentou que, fora de órgãos estatais, na iniciativa privada, principalmente no interior do Estado, há mais resistência em aceitar este tipo de mão-de-obra, apesar de mais barata. "Muitos chegam a alegar que, se derem emprego a um apenado, o cidadão comum desempregado é que vai acabar ocupando a vaga neste no presídio", lembrou o superintendente.

Entre as iniciativas de inclusão social do preso e egresso do sistema está o programa Prometeo _ Rede de Apoio ao Egresso do Sistema Prisional, gestado no início deste ano, a partir de discussões envolvendo a Assessoria Política de Segurança da Prefeitura de Porto Alegre e a Susepe, através do Centro de Observação Criminológica, com apoio da CCDH. A meta é preparar os apenados que estão privados de liberdade, mas em vias de alcançar o livramento condicional, com atendimento global à saúde, psicossocial e de profissionalização.

Para evitar a reincidência criminal, a capital do Estado conta também com a Fundação de Amparo aos Egressos do Sistema Prisional _ Faesp, uma entidade filantrópica que vive de doações e esforços de seus sócios. Segundo Tânia Souza, uma das voluntárias, a Faesp procura ceder cestas básicas, quando necessário, além de fornecer atendimento odontológico e encaminhamento ao mercado de trabalho. "Para contornar os problemas de preconceitos, também criamos uma

cooperativa de trabalho, onde os egressos buscam o seu sustento".

"As iniciativas de reinserção do apenado ainda são pequenas, mas com a participação de todos podem surtir resultados maiores", podenrou o deputado Padre Roque, ao colocar a CCDH à disposição do setor, no sentido de promover e dar espaço para a conscientização da comunidade sobre os direitos à cidadania que toda pessoa tem.

Participaram ainda da audiência pública os deputados José Ivo Sartori e João Luiz Vargas; a assistente social Viviane Lauck, representando a Juíza Cleusa de Azevedo, Titular da Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas; o Promotor de Justiça Gilmar Bortolotto, titular da Comissão de Execuções Criminais; a Presidente do Conselho Penitenciário, Maria Palma Wolff; a representante da Fundação de Apóio ao Egresso do Sistema Penitenciário, Tânia Sporleider de Souza; professora da PUC e Ulbra e ex-diretora do Centro de Observação Criminológica, que deu início aos trabalhos do programa Prometeo, Miriam Guindani, e a atual diretora do Centro de Observação Criminológica da Susepe, Rafaela Brasil, a coordenadora da Comissão de Direitos Humanos do Curso de Ciências Sociais da Universidade Federal de Pelotas, Dóris Couto. No Interior do Estado, destaca-se o trabalho pioneiro da Juíza de Direito, Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, na Comarca de Rio Grande (RS), quando Juíza da Vara das Execuções Criminais.

Na Cidade de São Paulo, o Programa de Prestação de Serviços à Comunidade foi implantado na SAS em junho de 1989, através de credenciamento do Poder Judiciário do Estado à Prefeitura. A prestação de serviços é uma pena aplicada pelo juiz ao condenado, por crime considerado de natureza leve.

A Coordenadoria de Assistência Judiciária (SAS) centraliza as informações a respeito do cumprimento da pena, fazendo os encaminhamentos, intermediando a relação entre o Poder Judiciário de diversas Varas Criminais Estaduais, Federais, Justiça Militar e Varas da Infância e Juventude, e encaminhando o apenado às Secretarias e instituições cadastradas, para a prestação do serviço.

No Rio de Janeiro, o Estado desenvolve trabalhos que evitam a exclusão social com a participação das Igrejas e inúmeras associações, recebendo da Sociedade a solidariedade indispensável na realização das políticas sociais. Nos demais Estados, idêntica política é posta em prática com resultados altamente positivos.

A Parceria pressupõe a solidariedade.

A prestação de serviços à comunidade, além de ter um caráter de cumprimento da pena, objetiva a recuperação do sentenciado, pela sua reinserção ao meio social e da sua valorização como cidadão.

Consolida a tendência mundial da reeducação do sentenciado.

A reinserção social ocupa um enfoque do Estado e da Sociedade, porque de nada adiantará a ação e um investimento dispendioso que conduzirão à ressocialização dos delinqüentes²⁴, se estes não verificarem que a sociedade, que antes os rejeitou, após o crime, não está disposta a ajudá-los.

Tem que haver vontade política por parte do Estado e colaboração efetiva da sociedade, se quisermos estar seguros de que uma cidadania possa melhorar o sentenciado, privado de condições para a própria melhora.

Tem que haver solidariedade.

A conjugação de esforços é questão de conscientização do problema e sem a qual haverá um abismo para a problemática penitenciária, no particular e da reinserção, no geral.

Criminalidade:

A gênese da criminalidade é preponderante na miserabilidade e nos desajustes sociais, em que as condições de vida são cada vez mais insatisfatórias.

A proliferação da criminalidade ou delinqüência ocorre na desintegração dos laços familiares e afetivos, debilitados pelas condições de vida e pela consciência da sua desgraça social, ao mesmo tempo em que alimenta ambição de ascender na escala social²⁵.

Mas, a miserabilidade não é a única responsável pela criminalidade, como também não se poderá atribuir aos desajustes sociais todas as consequências nefastas originárias da delinqüência. Entretanto²⁶, somados os fatores da miserabilidade e dos desajustes sociais, teremos o maior contingente de egressos para a reinserção social.

Não há dúvidas, como atesta a realidade dos presídios, que o maior contingente é proveniente das camadas sociais economicamente menos favorecidas. Esta marginalização não chega às raias da indigência²⁷.

24- Romeu Falconi, "Sociedade, Marginalidade e Criminalidade. Prisão e Reinsersão Social", Revista da FMU _ Direito, São Paulo, n. 17, 1996, pp. 91/113.

25- Id., ib., p. 142.

26- Id., ib., p.133.

Mas, não há segredo algum no fato de que inúmeros delitos que são cometidos por pessoas que ocupam posições privilegiadas, torna difícil a apuração do crime e consequentemente o apenamento.

Nestes casos, em nada obsta a reinserção social já que nunca estiveram fora do contexto social.

As dificuldades que cercam objetivos da reinserção social do egresso do sistema penitenciário também abrangem as origens e posições sociais de tais indivíduos, adaptadas à realidade em que vivemos²⁸.

A outra parcela e que corresponde a um ínfimo abrange os indivíduos cuja personalidade e estados anímicos não podem ser avaliados para fins de reinserção social.

É o caso dos inimputáveis ou loucos de todo o gênero, cujo tratamento específico foge ao tema da reinserção social.

A amostragem jurisprudencial, a título de exemplo, revela a preocupação permanente da jurisdição com a reinserção social.

1. Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: HC 19606/RJ (200101826411)

430028 *HABEAS CORPUS*

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal votaram com o Sr. Ministro Relator.

Data da Decisão: 13/3/2002

Orgão Julgador: - Quinta Turma

27- id., ib., p.108.

28- Id., ib.

E M E N T A

HC. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME DE SEMILIBERDADE. RESTRIÇÕES ÀS VISITAS FAMILIARES, CONDICIONADAS AO BOM COMPORTAMENTO DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 120, DO ECA.

A Lei n. 8.069/90, em seu art. 120, não retira do Juiz o poder de controlar a realização, pelo adolescente infrator, de atividades externas.

A medida sócio-educativa busca a reinserção do menor ao convívio social, livre da tendência criminosa. Assim, entendendo necessário, o Magistrado deve controlar e fiscalizar essa reinserção buscando que esta seja efetiva.

Ordem denegada.

RELATOR: MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

FONTE: DJ DATA: 29/04/2002 PG: 00269

Veja: Stj - Rhc 9336-RJ

Referências Legislativas: Leg: Fed Lei: 008069 Ano: 1990 Eca-90 Estatuto Da Criança E Do Adolescente, Art. 120

2. Tribunal de Justiça de São Paulo

ATO INFRACIONAL - Menor - Mérito - Não deve prevalecer o entendimento de que, por ter sido aplicada medida sócio-educativa ao adolescente num determinado procedimento, restam prejudicados, por falta de objeto, os demais em andamento - Em cada procedimento deve ser apurada a matéria fática apontada na inicial, razão pela qual não pode ser outra a motivação da decisão final - No que concerne à determinação da medida sócio-educativa a ser aplicada no presente caso concreto, como esta espécie de medida de natureza diversa da sanção penal. Objetiva a defesa da sociedade e a reinserção social do menor e não possui caráter punitivo ou retributivo. Não há que se falar em execução cumulativa das medidas aplicadas em relação a todos os atos infracionais cometidos pelas adolescentes - A determinação da medida sócio-educativa aplicável, em cada caso, a teor do art. 98, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente como um todo, o menor, portanto, poderá ser inserido em regime já estabelecido, a medida em execução poderá ser substituída por outra mais rigorosa, ou, ainda, em sendo o caso para sua recuperação, é possível a cumulação de medidas de naturezas diversas - Preliminar rejeitada e recurso provido nos termos ora deduzidos. (Apelação Cível n. 65.992-0 - Jaboticabal - Câmara Especial - Relator: Nuevos Campos - 11.12.00 - V. U.)

3. Tribunal de Justiça de São Paulo

MENOR - Medida sócio-educativa - Internação - Progressão negada - Avaliação dos técnicos indicando que o processo de reeducação ainda estava em curso - Situação peculiar da paciente portadora do vírus da AIDS que não afasta a necessidade de sua submissão a tratamento e apoio especializado visando a reinserção familiar e social - Ilegalidade não configurada - Ordem denegada. (Habeas Corpus n. 93.125-0/6 - São Paulo - Câmara Especial - Relator: Borelli Machado - 20.5.02 - V. U.)

4. Tribunal de Justiça de São Paulo

E M E N T A

CONSTRANGIMENTO ILEGAL - Deferimento de progressão para regime prisional mais benéfico

- Paciente não transferido para estabelecimento adequado - Irrelevância - existência de Decreto de Expulsão do país plenamente em vigor e imprescritível - Postulação prejudicada - É justificável a progressão de regime prisional visando ao condenado, paulatina

mente a reinserção no meio social - Impossibilitada, no caso, com a expulsão do condenado do país. (*Habeas Corpus* n. 270.800-3 - Santos - 1^a Câmara Criminal - Relator: Jarbas Mazzoni - 21.12.98 - V. U.)

5. Tribunal de Justiça de São Paulo

DENÚNCIA - Rejeição - Peculato-furto - Não caracterização - Subtração de produtos do gênero alimentício de estabelecimento penitenciário - Preso que executa trabalho interno obrigatório em estabelecimento prisional que não se equipara a funcionário público - Trabalho do condenado de conteúdo de dever social, finalidade educativa e produtiva - Impossibilidade jurídica do pedido - Falta de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal - Inteligência do art. 43 do Código de Processo Penal - Rejeição mantida - Recurso não provido. O preso que executa o trabalho interno obrigatório não realiza fins próprios do Estado, suporta, sim, um "munus" público, imposto como corolário da privação de liberdade e destinado à sua reinserção social. O preso não tem essa qualidade elementar do tipo penal dos crimes chamados funcionais. (Recurso em Sentido Estrito n. 314.754-3 - São Paulo - 1^a Câmara Criminal - Relator: Cerqueira Leite - 07.11.01 - V. U.)

6. Tribunal de Justiça de São Paulo

LIVRAMENTO CONDICIONAL - Benefício pretendido - Requisito subjetivo não preenchido - Inadmissibilidade - Exame criminológico indicativo de que o sentenciado ainda não se mostra apto à reinserção social - Agravo não provido. (Agravo n. 275.963-3 - Itapetininga - 4^a Câmara Criminal - Relator: Passos de Freitas - 14.9.99 - V. U.)

Estrangeiro que é condenado no Brasil, após o cumprimento da pena, é expulso por decreto do Presidente da República.

Como fica a jurisdição do ponto de vista da reinserção social daquele que deixa o território nacional, em razão do decreto de expulsão?

O caso do Mercosul, espaço de integração criado em Assunção, em 1991, através de Tratado Internacional, firmado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, onde temos, ainda, uma mera união aduaneira, sem termos atingidos, por ora, o Mercado Comum e a Comunidade do Mercosul; como fica a reinserção social, diante de uma possível cidadania comum?²⁹

Há casos de condenação de peruanos, colombianos, bolivianos, por tráfico de drogas, que são condenados e cumprem integralmente a pena no Brasil, antes do decreto da expulsão.

Seria possível para estes a reinserção social em seu país de origem?

Conclusão

A reinserção social, além do conceito, é importante pelo método, que tem por meio a Jurisdição, na efetivação de direito fundamental, para reingressar de forma definitiva o cidadão apenado na cidadania, evitando-se a reincidência e a realimentação do crime.

No Estado de Direito Democrático, todo condenado tem direito à cidadania plena, nesta colaborando de forma efetiva o Estado e a Sociedade, por meio de parcerias e trabalhos voluntários da comunidade e da família no acompanhamento da execução da pena do condenado e de seu tratamento.

A jurisdição é o meio seguro para se alcançar os objetivos e as finalidades da reinserção social, por ter o fundamento indispensável da cidadania que é a garantia do social, do político e do jurídico, no Estado de Direito Democrático.

Bibliografia

- ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.
- ASUA, Luiz Jimenez. *Psicoanalisis criminal*. Buenos Aires: Editorial Losada S/A, 1947.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos _ paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.
- DAVID, Pedro R. *El mundo del delinquente*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1976.
- FALCONI, Romeu. *Sistema presidial: reinserção social*. São Paulo: Editora Ícone, 1998.
- _____. *Sociedade, marginalidade e criminalidade*. Prisão e reinserção. Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas de São Paulo n.17, São Paulo: Série nacional, julho/dezembro de 1996.
- FERRI, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Turin: 1928.
- FRAGOSO, Héleno Cláudio, Yolanda Catão e Elizabeth Sussekind. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.
- GRAMATICA, Filippo. *A nova defesa social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.
- _____. *Princípios de defesa social*. Madrid: Editorial Monte Corvo, 1974.
- NEGREIROS, Maria Augusta. *A prisão numa sociedade democrática _ raiz e utopia*. Lisboa: IRS, 1981.
- PEREIRA, Luiz. *Populações marginais*. São Paulo: Editora Duas Fronteiras, 1975.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Reinserção social _ para uma definição do conceito*. in Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro: Editora Forense, n.34, julho/dezembro, 1982, pp.24/47.
- RULLI JUNIOR, Antonio. *Universalidade da jurisdição*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1998.
- RULLI NETO, Antonio. *As leis de manu*. São Paulo: Editora Fiúza, 2003.
- _____. *Os direitos dos portadores de necessidades especiais no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Fiúza, 2002.
- _____. *Os direitos dos idosos na legislação do Brasil*. São Paulo: Editora Fiúza, 2003.
- SPINOZA, Alejandro Solis. *Ciencia penitenciaria*. Lima, Peru, Editorial e Imprensa S/A, 1986.
- VIANA SANTOS, Antonio Carlos e Antonio Rulli Junior. *Mercosul _ espaços de integração, soberania, jurisdição, harmonização, cidadania*, Tribunal de Justiça supranacional do mercosul e parlamento do Mercosul. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

A FORÇA DE LEI ENTRE AS PARTES, DECORRENTES DA COISA JULGADA MATERIAL (ART. 468 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM CONFLITO COM A FORÇA E OS DITAMES DO DECRETO-LEI FEDERAL N° 857/69

João Baptista Vendramini Fleury

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, turma de 1968. Foi Juiz de Direito e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Atualmente advoga na comarca de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo.

I.Depois de trinta e cinco anos de militância forense, a maior parte como advogado, e por dez anos na judicatura, vi-me, recentemente, necessitado à busca de subsídios doutrinários mais recentes a respeito do significado e do alcance da expressão "força de lei entre as partes", contida no art. 468 do Código de Processo Civil, além daqueles exarados nos ensinamentos dos comentadores do Código de 1973 , da Editora RT e da Editora Forense, respectivamente, o Professor e Desembargador WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL e do Professor e Ministro MOACYR AMARAL SANTOS .

E em recente publicação da Revista Forense (vol. 351/323) colhi, de um Parecer, da lavra do festejado Professor e Desembargador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, os seguintes comentários a respeito:

... 2. Amigo de definições, o legislador processual de 1973 pretendeu definir a coisa julgada material no art. 467 : Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". A definição, que parcialmente se inspira em concepção doutrinária devido a Liebman e bastante difundida entre nós, não fica imune a reparos; todavia, não é este o lugar adequado para versar o tema *ex professo*. Somente dois pontos cabe assinalar : primeiro, o dispositivo, falando da imutabilidade e da indiscutibilidade em termos genéricos, a rigor não distingue a coisa julgada material, conforme se impunha, da coisa julgada formal; segundo, o dispositivo não especifica que classe de sentenças recebe, uma vez preclusas as vias recursais, o selo da imutabilidade e da indiscutibilidade.

Para completar a delimitação do conceito, é mister recorrer a outros textos do Código. Curiosamente, um deles é o art. 468 : "A sentença que julgar total ou parcialmente a *lide*, tem força de lei nos limites da *lide* e das questões decididas".

Dissemos curiosamente, porque esse dispositivo é de inspiração *carneluttiana*, e bem se sabe quão divergentes foram as posições de Carnelutti e Liebman na matéria em foco - o que dá certo sabor de ironia ao alvitre legislativo de pôr em convivência forçada normas de origem antitéticas. Seja como for, as duas convivem, e o intérprete precisa lidar com ambas. No particular, de resto, afigura-se útil a presença da disposição contida no art. 468 : é ela que, com a palavra "*lide*", empregada no sentido de "mérito" , esclarece algo daquilo que o art. 467 deixou na sombra . Note-se que atribuir "força de lei" à sentença de mérito significa nada mais, nada menos que atribuir-lhe autoridade de coisa julgada; a expressão "força de lei" à sentença de mérito, aí, é mera tradução - por sinal, infeliz - da locução alemã *Rechtskraft* , lá usada para designar justamente a *res judicata*.

Devo entender, com isso, s.m.j., que a expressão "força de lei" seria um mero reforço textual, sem ampliar-lhe o alcance.

II. Pois bem.

Uma sociedade de advogados (escritório) ajuizou, em 1993, uma ação de cobrança de honorários contra uma ex-cliente, baseada no contrato que estipulou pagamento em dólar norte-americano (US\$).

Como era de trivial sabença, mas oportuno aqui relembrar, a galopante e desenfreada inflação da década de 80 e do início da de 90 do século passado, provocou a prática da indexação dos contratos de negócios e serviços na moeda norte-americana. Nas maiores capitais brasileiras, em grau mais acentuado do que nas demais, só se pactuava em US\$; os imóveis só eram anunciados e oferecidos em US\$ e tal moeda, paralelamente, corria no comércio em igual intensidade e volume quanto o nosso combalido e desmoralizado cruzado, ou cruzado real e ou cruzeiro real. Prática essa reiterada e proliferada na plena vigência do Decreto-Lei n. 857/69, que visava (ou, pelo menos, tentava) inibir e impedir a estipulação do pagamento que não em moeda nacional e a própria circulação da moeda estrangeira, negando efeitos aos contratos que assim rezasse, *verbis*:

Art. 1º - São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o dispositivo, amenizou-lhe parcialmente, dando validade à primeira parte, mas mantendo, com rigor, a parte final, no sentido de afastar a obrigatoriedade do pagamento em moeda estrangeira e exigir a conversão pelo câmbio oficial do dia do pagamento.

Prosseguindo.

A ação foi julgada parcialmente procedente e a ex-cliente condenada a pagar à autora a quantia de US\$26,928,60 (vinte e seis mil, novecentos e vinte e oito dólares norte-americanos) estipulando a sentença " ... importância que deverá ser convertida em moeda corrente nacional pela cotação do câmbio comercial, na data do efetivo pagamento, acrescida de juros legais, contados da citação" mais as custas do processo e honorários advocatícios, calculados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Transitada em julgado tal decisão, a ré não pagou tal importância à autora, advindo a execução da sentença. E no dia 13 de agosto de 1997, por ordem do MM. Juiz, foi expedido mandado de citação para execução, onde estipulado o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para o pagamento, pela executada, da importância de R\$38.748,30 (trinta e oito mil, setecentos e quarenta e oito reais e trinta centavos), incluídos em tal montante o principal, mais juros e honorários advocatícios.

Citada, a executada não pagou tal importância; e a execução seguiu seus trâmites. Mas, no dia 24 de julho de 2.001 (quase quatro anos depois), a executada depositou em Juízo a importância de R\$59.000,00 (cinquenta e nove mil reais) para efeito de tentar substituir o bem imóvel penhorado pelo dinheiro, em face de a exequente haver recusado, extra-autos, o respectivo valor para a quitação da dívida, inobstante o fato de, à ocasião, os R\$59.000,00 depositados representarem o valor constante do mandado de citação (R\$38.748,30) mais o correspondente aos juros e atualização pelos índices da Tabela Prática do Tribunal.

Chamada para se manifestar sobre o depósito efetivado pela executada, a exequente impugnou-o sob a alegação de que o depósito resultou insuficiente, já que os R\$59.000,00, à data em que oferecidos, deveriam corresponder à quantidade de US\$ estipulada na sentença, pelo câmbio oficial do dia do depósito. E tal não aconteceu, porque considerada a cotação do dólar do dia do depósito, a oferta da executada não cobriu a quantidade de US\$ fixada na sentença. Com o que, segundo as estimativas da credora, a conta iria para R\$108.642,47.

E o MM. Juiz da execução, sem oferecer oportunidade à executada para replicar tal impugnação,

houve por bem acolher, de plano, as contas da credora e determinar a complementação do depósito para, querendo, evitar a praça do imóvel penhorado.

E o impasse motivou recurso de agravo da executada para o Tribunal, sob a alegação de que a dívida, reconhecidamente em dólar norte-americano, deixou de ser-lhe a partir do momento em que ajuizada a execução e transformada a dívida em moeda nacional (R\$), em decorrência do que dispõe o retromencionado art. 1º do Decreto-Lei n. 857, de 11 de setembro de 1969.

Mas o agravo foi assim improvido:

... Por outro lado, apenas por amor ao argumento, ainda que se admitisse a tese da agravante, é curial que dita tese era de ser repelida desde logo, já que, na mesma, está embutida pretensão rescisória da sentença em execução, porque a sentença determinou a conversão do débito para a moeda nacional a contar da data do efetivo pagamento, tal como se lê na reprodução do aludido *decisum*, o que não se pode admitir. Percebe-se que, pela via *optata*, o agravante objetiva rescisão daquela sentença através do presente recurso de agravo de instrumento.

Eis então o conflito : de um lado, a exequente tentando se prevalecer do comando da sentença trânsita em julgado (com "força de lei entre as partes") , que ordenou que a dívida deve ser paga pela cotação do dólar norte-americano, no dia de seu efetivo pagamento; de outro, a executada, entendendo que ofereceu, em dinheiro, o suficiente para pagar a dívida, em moeda real, conforme o valor expresso no mandado de citação para a execução, acrescido, em razão da mora, apenas dos índices de juros e atualização fixados pela Tabela Prática do Tribunal, amparada pela mencionada legislação federal.

Como resolver o impasse ?

Data maxima venia do que foi preconizado pelo Tribunal, ao julgar o agravo da executada, a simples e inevitável contraposição da referida disposição lei federal, de efeito *erga omnes*, à coisa julgada material de que dispõe a exequente, a rigor, não está a implicar, necessariamente, pretensão a uma via oblíqua de rescisão do comando nela contido.

Além do que _ repiso - não é justa, tampouco razoável, a insegurança jurídica que emerge da pretensão da exequente, chancelada em segunda instância (mas ainda sujeita a recurso especial): depois de haver ajuizado a execução da sentença em moeda nacional, persistir em que, *a latere*, tramite, também, a mesma execução em US\$.

Tenho para comigo que o alcance do título judicial de que dispunha a exequente - até o ajuizamento da execução da sentença - esteve sempre condicionado às restrições do mencionado Decreto-lei Federal. E ao valer-se a credora do caminho da execução, acabou, por vontade própria , anticipando a conversão da moeda contratual para o dinheiro brasileiro. E irreversivelmente, já que a citação para a execução, determinada pelo MM. Juiz, chamou a devedora para pagar a dívida já transformada em R\$ (real), em decorrência da lei.

Inconcebível e inaceitável, por conseguinte, que a exequente, depois de ter-se submetido à regra legal superior *erga omnes* (Decreto-Lei Federal n. 857/69) e transformado (em verdadeira liquidação de sentença) os dólares (US\$) em real (R\$), ao ajuizar a execução em moeda brasileira, queira prevalecer-se, indefinidamente, daquele comando da sentença.

Por conseguinte, o depósito efetivado pela executada representou o valor atualizado da dívida e do *quantum debeatur*; e nada mais poderá ser reclamado pela credora.

Nesse passo, socorro-me, inicialmente, da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a respeito do tema aqui abordado, ou seja, da dívida contratual em moeda estrangeira e a sua conversão em moeda nacional, no momento em que ajuizada a execução do título judicial ou extrajudicial que a contemple, da qual destaco o v. acórdão do REsp n.78838/SP, Relator o Min. WALDEMAR ZVEITER, julgamento de 05/3/1996, DJU, de 15/4/1996 :

"COMERCIAL - VALIDADE DE CONTRATO CELEBRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA -

PAGAMENTO EM CRUZEIRO - EXEGESE DA NORMA CONTIDA NO ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 857/69

i- Legítimo é o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão na moeda nacional.

ii- O legislador visou evitar não a celebração de pactos ou obrigações em moedas estrangeiras, mas, sim, aqueles que estipulassem o seu pagamento em outro valor que não o cruzeiro - moeda nacional - recusando seus efeitos ou restringindo o seu curso legal. inteligência do art. 1º, do decreto-lei n. 857/69.

iii- Na execução do título extrajudicial, com valor expresso em moeda estrangeira, a conversão desta há de efetivar-se na data do ajuizamento da ação, e a partir daí incidirá a correção monetária do débito, de acordo com as regras estabelecidas pelo nosso sistema econômico-financeiro.

iv- Recurso conhecido e, parcialmente, provido. No mesmo sentido o REsp precedente, de n. 36.120-6 - SP, julgamento de 21.9.1993, DJU de 22.11.1993.

III- E para finalizar, recorro aos registros e ponderações do insuperável mestre CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO *in "Relativizar a coisa julgada material"*, recente estudo publicado na Revista Forense, vol. 358/14-15:

...3. A coisa julgada material no processo civil de resultados.

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandra e realça, é o da *justiça das decisões*. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização das incertezas*.

Com preocupações dessa ordem é que, em seguidas manifestações como magistrado e como conferencista, o Min. José Delgado defende uma "conceituação da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica", fórmula essa que em si é uma proposta de visão equilibrada do instituto, inerente ao binômio justiça-segurança. Do mesmo modo, também Humberto Theodoro Júnior postula esse equilíbrio, em parecer onde enfrenta o tema do erro material arredio à autoridade do julgado. E conhece-se, também, a posição assumida pelo Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzilli ao defender a "necessidade de mitigar a coisa julgada".

Esses e outros pensamentos aos quais associo uma interessantíssima narrativa de Eduardo Couture e importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do direito norte-americano, abrem caminho para a tese relativizadora dos rigores da *auctoritas rei judicatae* e autorizam as reflexões que a seguir virão, todas elas apoiadas na idéia de que "levou-se muito longe a noção da *res judicata*, chegando-se ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade, fazer *de albo nigrum* e mudar *falsum in verum*" (Pontes de Miranda). De minha parte, pus em destaque a necessidade de produzir resultados justos, quando há mais de dez anos disse : "em paralelismo com o bem-comum como síntese dos objetivos do Estado contemporâneo, figura o valor *justiça* como objetivo síntese da jurisdição no plano social". Essas palavras estão em minha tese acadêmica escrita no ano de 1986, incluídas em um capítulo denominado "*justiça das decisões*". (11 Cf. *A instrumentalidade do processo*, que agora está na oitava edição e já foi citada acima, esp. n. 36, p. 293). Em outro tópico da obra, disse também que "eliminar conflitos mediante critérios justos" "é o mais nobre dos objetivos de todo o sistema processual. 12 (Ob. cit., n.21, esp. p. 161).

São essas as premissas, de resto já referidas logo ao início do trabalho, sobre as quais cuido de assentar a proposta de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada, relativizando o significado dessa garantia constitucional e harmonizando-o naquele equilíbrio sistemático de que falo".

CARÊNCIA DE AÇÃO E JULGAMENTO DO MÉRITO

Inês Moreira da Costa

Juíza de Direito da Comarca de Ariquemes/RO

INTRODUÇÃO

A jurisdição, a ação, a defesa e o processo constituem os institutos fundamentais do Direito Processual Civil, exaurindo o objeto das normas processuais. Cada um deles tem significativo papel no estudo do processo civil. Dentre eles, a ação é, provavelmente, o mais controvertido e que provoca maiores debates, o que é justificado pela ênfase que se tem dado à garantia do acesso à justiça.

O direito de ação é outorgado pela Constituição e pela lei aos titulares de pretensões insatisfeitas, independentemente de terem ou não razão, desde que atendidos certos requisitos estabelecidos pelo legislador, dentre os quais estão os pressupostos processuais e as chamadas "condições da ação". Ocorre que para a teoria eclética, que inspirou o legislador do Código de Processo Civil, a jurisdição somente existiria quando o juiz examinasse o mérito do pedido. Assim, surgem algumas indagações, dentre as quais: qual a natureza da sentença que extingue o processo por carência de ação? Qual a utilidade da permanência das condições da ação no Código de Processo Civil, se é afirmado que o direito de ação é abstrato e independe do direito material?

Vê-se que é muito comum aos magistrados julgarem extintos os processos sem julgamento do mérito por ausência de uma das condições da ação, após examinarem efetivamente as relações de direito material que lhe são submetidas, e até permitindo-se ao demandante ingressar novamente com o mesmo pedido (mediato e imediato), entre as mesmas partes.

Portanto, deve-se indagar qual o verdadeiro papel das condições da ação no direito processual civil moderno.

Por outro lado, dada a magnitude do tema, não é possível esgotar o assunto neste singelo trabalho. Este tem apenas o objetivo de suscitar a discussão, almejando que os juristas pátrios melhor analisem o assunto, repensando, se necessário, alguns institutos processuais, para que cheguemos à verdadeira efetividade do processo.

É assim que pretendo, neste trabalho, apresentar alguns questionamentos sobre o instituto "condição da ação", inclusive quanto à sua existência, cotejando-o com o dispositivo constitucional que consagra amplamente o direito de ação. O trabalho tem início com uma abordagem sobre as diversas teorias que determinaram a natureza do conceito de "ação" (imanentista, concretista e abstratista), fazendo-se distinção entre a ação de direito material e a ação de direito processual. Segue-se à análise dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, denominados pressupostos processuais, e das chamadas "condições da ação" (legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse).

Finalmente, chega-se à análise da sentença que examinadas condições da ação, após feita a distinção entre *lide* e mérito, e qual o verdadeiro sentido das disposições contidas no art. 268 do Código de Processo Civil.

Os problemas relativos à determinação da natureza dos conceitos de ação, possibilidade jurídica, interesse e legitimidade *ad causam* que, à primeira vista poderiam significar questões de interesse meramente acadêmico, apresentam, na verdade, aspectos práticos de grande relevância, quando se busca determinar a natureza do provimento judicial que decreta a carência de ação (art. 267, VI do

CPC), especialmente para saber se uma sentença desta classe produzirá ou não coisa julgada (material), podendo ou não ser rescindida, como as sentenças de mérito (art. 485), bem como, se não o for, qual haveria de ser o obstáculo a que o autor volte a promover uma nova demanda, idêntica a anterior (CPC, art. 268).

Trata-se de um tema ainda controvertido, sendo que a maioria dos nossos doutrinadores segue a doutrina de Liebman (teoria eclética), adotada pelo nosso Código de Processo Civil, segundo a qual a sentença que decreta a extinção do processo por ausência de alguma das condições da ação é terminativa, produzindo coisa julgada apenas formal.

Como aplicadores da lei, no entanto, devemos interpretar a norma não apenas de acordo com o seu "código genético", mas de modo sistemático, para dar-lhe coerência e aplicabilidade.

1. DAAÇÃO

Após a superação de uma fase primitiva de autotutela, em que os fortes impunham sua vontade unilateral aos mais fracos, nasceu aos poucos a tendência e a necessidade do Estado, que se fortalecia e se afirmava, em ditar a solução para os dissídios individuais vedando o exercício da justiça pelas próprias mãos, uma vez que esta não refletia a verdadeira expressão de "justiça", surgindo assim a jurisdição. No entanto, essa jurisdição necessariamente estática, visando não comprometer a imparcialidade da distribuição da justiça, deveria ser provocada pela parte que se sentisse lesada, surgindo, assim, a ação.

Desde Aristóteles, passando por Cícero e Locke, até chegarmos a Montesquieu, intuiu-se que o poder do Estado deve se manifestar por intermédio de três funções: a executiva, a legislativa e a judiciária.

Montesquieu, consagrado como o grande inspirador da necessidade de separação entre as funções do Estado, para se evitar a concentração do poder e o arbítrio, jamais empregou as expressões "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", referindo-se tão-somente à necessidade de "equilíbrio entre os Poderes". Cada um destes apresenta uma esfera de ação delimitada constitucionalmente, cabendo ao Poder Judiciário, por intermédio da jurisdição, aplicar o Direito aos casos concretos sob sua apreciação. A jurisdição é monopólio do Estado, e sua invocação é um direito público subjetivo, expressamente previsto na Constituição Federal. Para exercitar uma pretensão em juízo, o interessado deve ter o direito de ação, que é autônomo e não se confunde com o direito material propriamente dito, o qual será declarado ou não pelo juiz, dependendo de sua livre apreciação do caso.

Destarte, juntamente com a "jurisdição" e o "processo", a ação completa a trilogia de estrutura da ciência processual.

Dinamarco, por sua vez, inclui a defesa também como instituto fundamental do Direito Processual Civil. A natureza de cada instituto é bem esclarecida por este doutrinador, segundo o qual:

... a jurisdição é o poder que o juiz exerce para a pacificação das pessoas ou grupos e eliminação de conflitos; a ação é o poder de dar início ao processo e participar dele com vista à obtenção do que pretende aquele que lhe deu início; a defesa é o poder de resistir, caracterizando-se como exato contraposto da ação; o processo é ao mesmo tempo o conjunto de atos desses três sujeitos, o vínculo jurídico que os interliga e o método pelo qual exercem suas atividades.¹

Dentre estes institutos, o direito de ação é o mais polêmico, tendo surgido, ao longo das décadas, várias teorias com o objetivo de identificar-lhe a natureza jurídica e definir-lhe o conceito.

A palavra "ação" vem do latim *actio, actionis*, significando a obra, o movimento, a operação, o atuar, a transformação da realidade. O Código de Processo Civil emprega o vocábulo "ação" em diversas oportunidades, ora para significar "demanda", ora "procedimento" e até mesmo "processo".

Considerando que o presente trabalho objetiva analisar a carência de ação tal como prevista no art. 267, VI, do CPC, impõe-se inicialmente o estudo da natureza jurídica da ação e de seu conceito, o

que será feito a seguir, resumindo-se as principais teorias do direito de ação.

1.1. Teorias da Ação

Durante muito tempo discutiu-se a natureza jurídica do direito de ação através do surgimento de diversas teorias, cuja análise é fundamental para que se possa melhor compreender o conceito de ação no direito moderno.

1.1.1. Teoria Imanentista (Civilista ou Clássica)

A primeira teoria, historicamente vinculada ao direito romano, tendo como seus principais precursores Celso e Ulpiano, é a Teoria Civilista. Ela teve como expoentes Savigny, Garsonnet, Mattiolo e, entre nós, Paula Baptista, João Monteiro, Clóvis Beviláqua, dentre outros.

Esta teoria parte do conceito de ação dado pelo jurista romano Celso, segundo o qual a ação (*actio*) seria o direito de pedir em juízo o que

1 - Cândido Rangel DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I, p. 293.

nos é devido (*ius quod sibi debeatur in iudicio persequendi*). Deste conceito surgiram várias conceituações que resultavam, em três consequências inevitáveis: a) não há direito sem ação; b) não há ação sem direito; e c) a ação segue a natureza do direito.

A primeira premissa foi acolhida pelo CPC que, em seu artigo 75, consagrou: "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura". Confundindo-se a ação com o próprio direito, passou a ter a mesma natureza e objeto dos direitos que visa a assegurar, surgindo de então, conforme Dinamarco², as antiquadas e desajustadas locuções "ação real, ação pessoal", bem como o emprego no CPC vigente do vocábulo ação na designação dos procedimentos especiais (dentre os quais: ação de consignação em pagamento, ação de depósito e ação de nunciação de obra nova).

Contudo, a segunda premissa não foi bem aceita, e aí os civilistas não resistiram às críticas, pois, ao afirmarem que não há ação sem direito, levaram ao descrédito aquela teoria, uma vez que não perceberam que o se julga procedente ou improcedente é o pedido, e não a ação. A ação, por si só, sempre será procedente. Em consequência, a terceira premissa também se mostrou uma inverdade jurídica.

Windscheid e Muther, criticando esta teoria, demonstraram a existência de um direito à tutela jurisdicional exercido contra o Estado, convivendo com outro, perante o obrigado, que é sujeito da relação substancial, ambos inconfundíveis.

Adolf Wach também asseverou ser insustentável a tese da "imanência do direito de ação ao direito subjetivo material, pois existem direitos de ação independentes dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por aqueles. Basta ter-se em vista a ação declaratória negativa."³

Dessa forma, os civilistas não conseguiram explicar a situação criada por uma ação que se formalizou e, ao final, foi extinta por inexistência do direito material, situação que não pode ensejar a afirmação de que, formalmente, não existiu o direito de ação legalmente exercido pelo autor.

2 - Idem, ibidem, p. 318.

3 - Apud Fábio GOMES, *Comentários ao CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 256.

Esclarece, no entanto, Fábio Gomes, que a *actio* atribuída a Celso não merece as críticas ainda hoje lançadas, já que elaborado para aplicação no direito material. *In verbis*:

A possibilidade da qual dispunham os romanos de até mesmo interpor uma queixa contra o Pretor que negava a fórmula (*intercessio*) desmente as afirmativas no sentido de que eles não concebiam o exercício amplo e ilimitado do direito de acesso aos tribunais. Só que a ciência romana, eminentemente prática, não se ateve a explicar a ação improcedente, o que não implica verdadeira a

afirmação de que eles não a concebiam⁴.

Segundo o Prof. Ovídio A. Baptista da Silva⁵, a formulação de uma teoria nos moldes da civilista, com o desvirtuamento da concepção romana, deveu-se a fatores político-econômicos ligados ao mercantilismo do início do século XVIII. O que interessava, na época, era a criação de uma ciência processual de índole privatística que aprisionasse o juiz a um ordenamento sem lacunas, vedando-lhe qualquer contribuição na criação do direito.

E prossegue o mesmo Autor, sustentando que a controvérsia sobre o conceito de ação originou-se de um duplo equívoco: o primeiro, consistiu na transferência, para o Direito Processual Civil, da categoria conhecida como *actio*, equivalente esta à pretensão de direito material conforme demonstrara Windscheid; o segundo, foi o de imaginar um direito processual completamente desligado do direito material, a ponto de a própria existência daquele depender do exercício da ação processual.

Desta forma, o anseio da doutrina civilista de absolver e identificar o direito de ação com o direito subjetivo material malogrou.

1.1.2. A Autonomia do Direito de Ação (Teoria de Muther)

Em 1856 o alemão e professor universitário Bernard Windscheid publicou uma obra denominada "A ação no direito romano sob o ponto de vista do direito atual", procurando demonstrar a profunda diversidade entre os sistemas jurídicos de Roma e os do mundo moderno.

4 - Fabio GOMES. Ob. cit., p. 261.

5 - Apud Fábio GOMES. Ob. cit., p. 262.

Para Windscheid, a *actio* romana não era um meio de defesa de um direito, senão que o próprio direito. O cidadão romano não era titular de um direito contra alguém, mas sim de uma *actio*, ou seja, do poder de agir contra outrem, poder esse que não lhe advinha de um direito, mas da concessão do Pretor.

Windscheid denominou *Anspruch* a pretensão ao que brota do direito, a qual existe independente da violação do jus à pretensão, portanto, constituía na possibilidade de impor a vontade em via judicial. Já a *actio* era o termo utilizado pelos romanos para designar o que alguém pode exigir de outrem.

Esta teoria fez nascer uma polêmica sobre o conceito de ação no direito romano com outro grande processualista, o também alemão Theodoro Muther, o qual publicou, em 1857, o livro "Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações _ Crítica ao livro de Windscheid".

Muther distinguiu o direito lesado e a ação, dizendo que desta nascem dois direitos de natureza pública, que são o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado e o direito do Estado eliminar a lesão contra quem o praticou. Esta idéia acabou sendo aceita também por Windscheid, que admitiu, finalmente, um direito de agir exercível contra o Estado e contra o devedor.

A partir desta polêmica, a ação começou a ser vista como um direito subjetivo público (direcionado contra ou em face do Estado) e autônomo (distinto em relação ao direito material a ser tutelado). Surgiu, assim, uma nova visão do direito de ação, criando-se duas correntes: a teoria do direito concreto à tutela jurídica processual e a teoria do direito abstrato a esta mesma tutela.

1.1.3. A Teoria Concreta do Direito de Ação

Em 1868, Oscar Von Bülow sustentou que se deveria estudar não apenas a relação de direito material configuradora da pretensão para, cuja tutela, seu titular servia-se do processo, mas também a relação de direito público que se formava entre o demandante e o Estado a quem aquele invocava a prestação jurisdicional. Surgiu assim o caráter público da relação jurídica processual.

Em 1885, Adolph Wach, sob a influência da doutrina de Muther, e tendo sua atenção despertada por

um fenômeno novo no campo do processo, decorrente da introdução feita pela Ordenança Processual Civil alemã de 1877, de uma pretensão especial e autônoma para a simples declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica⁶, elaborou a Teoria do Direito Concreto à Tutela Jurisdicional, dizendo que a ação é um direito autônomo, ou seja, independente do direito subjetivo material violado ou ameaçado, tal como ocorre nas ações meramente declaratórias.

O fato de pedir simplesmente a declaração de existência ou inexistência de um direito tornava evidente a existência de uma relação processual sem que houvesse uma relação de direito material a ser protegida. A ação deveria ser dirigida contra o Estado, pois a este caberia o dever de proteção jurídica, muito embora, também, a ação fosse contra a outra parte envolvida no litígio (demandado), pois, enquanto ao primeiro cabe outorgar a proteção do direito, ao segundo cabe tolerá-la, coexistindo, assim, duas realidades distintas: a relação processual e a relação de direito privado, conforme já sustentara BÜllow.

No entanto, segundo Wach, o direito de ação, embora não nasça junto com o direito subjetivo material, dele haverá de decorrer sempre e necessariamente, à exceção da hipótese da ação declaratória negativa. Assim, o direito processual somente nascerá depois da violação ou ameaça ao direito subjetivo material, o que só pode conduzir a uma sentença favorável.

Fábio Gomes⁷ sintetiza o pensamento de Wach, ao impor as três condições para a ação, a saber: a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse que deveria ser real, e não imaginário; b) a legitimidade, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse próprio; e c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo previamente determinados.

Verifica-se que esta teoria identifica-se com a Teoria Eclética, adotada pelo nosso Código de Processo Civil.

6 - Ação declaratória.

7 - Fábio GOMES. Ob. cit., p. 267.

Chiovenda filiou-se a esta teoria, em 1903, quando formulou a construção da ação processual como um direito especial de natureza potestativa por meio do qual se realizava, no caso concreto, à vontade da lei, abstratamente prevista pelo ordenamento jurídico⁸.

O mérito desta teoria concreta do direito de ação foi mostrar que a ação não podia ser confundida com o direito subjetivo, como afirmava a teoria imanentista, desde que Wach mostrara a possibilidade de haver ação a que não correspondia nenhum direito subjetivo e Chiovenda demonstrara ser a ação um novo direito, distinto e autônomo do direito material, caracterizado como "o poder jurídico de realizar a condição para a atuação da vontade da lei."

No entanto, da forma como ambos identificavam a ação processual, deixavam sem explicação o fenômeno da ação improcedente, pois, neste caso, o juiz teria prestado indiscutivelmente jurisdição, outorgando tutela jurídica através de sentença de mérito, sem, todavia, proteger o direito subjetivo de quem exercera a ação.

A outra deficiência desta teoria seria a de que, ligando-se a ação ao direito a uma sentença favorável, ter-se-ia que conferi-la também ao réu. E este, no entanto, não exerce o direito de ação propriamente dito, apenas reage, não age.

1.1.4. A Teoria Abstrata (Pura) do Direito de Ação

Também na Alemanha, em 1877, foi criada a teoria da ação como direito abstrato de agir, por Degenkolb, enquanto, na Hungria, Plósz formulava doutrina idêntica.

Segundo esta teoria, a ação é, realmente, um direito autônomo, como já afirmavam Wach e Chiovenda, porém, não apenas outorgado àqueles a quem a lei conferia algum direito subjetivo

material, e sim a

8 - Direito potestativo ou formativo, segundo Ovídio Baptista da Silva (*in Curso de Processo Civil*, vol. I., 4^a edição, São Paulo, RT, 1998, p. 94), corresponde a uma classe especial de direitos subjetivos cuja satisfação não depende propriamente do cumprimento de um dever do obrigado, ou de uma prestação a ser realizada por ele. São poderes que o respectivo titular tem de formar direitos, mediante a simples realização de um ato voluntário e sem que se exija do obrigado o cumprimento de uma prestação correspondente.

todos quantos invocassem um direito autônomo, porém, completamente, desvinculado de qualquer direito subjetivo material de que porventura fosse titular aquela que agia perante o magistrado. Assim, mesmo que ao autor seja negado o pedido, através de uma sentença, não poderá deixar de ter havido uma ação e, consequentemente, a composição da lide

Este é o magistério de Moacyr Amaral Santos:

Não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega o direito (ou a pretensão) invocado pelo autor; como também quando a sentença concede o direito a quem não o tenha realmente. Isso quer dizer que o direito de ação independe da existência do direito invocado.⁹

Assim, dizia-se que este direito era abstrato, ou seja, outorgado pela ordem jurídica a todos quantos invocassem a proteção jurisdicional, independentemente de serem ou não os mesmos titulares dos direitos alegados em juízo, por não estar ligado, ou dependente de nenhum direito subjetivo material que lhe servisse de causa. Para o autor exercer o seu direito de agir, acionando o Estado, bastará que o mesmo faça referência apenas a um interesse (pretensão) o qual, por outro lado, deve ser protegido abstratamente pelo direito material. O Estado, por sua vez, proferirá uma sentença, ainda que desfavorável ao pedido do autor que exercitou o seu direito de ação.

Na definição de Ovídio Baptista:

... para a chamada teoria do direito abstrato de ação, este é um direito público subjetivo conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante para sua existência que o autor tenha ou não razão, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado. Tanto aquele que tiver sua demanda declarada procedente quanto o outro que propusera ação julgada improcedente eram igualmente titulares de um idêntico direito subjetivo público, através do qual impunham ao Estado o cumprimento de sua obrigação de prestar jurisdi-

9 - Moacyr Amaral SANTOS. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 45.

ção. Logo, tanto o autor que visse sua demanda acolhida pela sentença quanto aquele que tivesse repelida sua pretensão por infundada teriam um idêntico direito de ação, enquanto exercício de uma pretensão de tutela jurídica perante o Estado.¹⁰

Bastante criticada foi esta teoria.

Chiovenda aduziu que não existe um direito de ação independente do efetivo direito privado, ou de um interesse que possa conduzir a uma sentença favorável, porque a simples possibilidade de ação, facultada a todos os cidadãos, não é por si só um direito, mas simples meio do direito de ação. Para ele, só a efetiva necessidade da tutela jurídica é que faz o direito de ação passar a existir.

Já para Liebman, a ação, cabendo a qualquer um, em qualquer lugar, pouco representa na vida e no funcionamento prático do processo, pois não permite distinguir um caso do outro nem estabelecer uma ligação entre o processo e a espécie fática para o qual foi instaurado. Por isto, a concepção abstratíssima leva a ação à categoria de um direito genérico, indeterminado, não ligado a qualquer situação concreta e, portanto, indeterminado.

Esta teoria deixou de ser aceita por outros juristas (dentre os quais Galeno de Lacerda), por estes considerarem impossível confundir-se o direito de ação com o denominado direito de petição, este sim equivalente ao direito de acesso aos tribunais, outorgado indistintamente a todos os cidadãos.

Das críticas a esta teoria, surgiu a teoria eclética.

1.1.5. A Teoria Eclética do Direito de Ação

Constitui a teoria eclética, elaborada por Liebman e exposta pela primeira vez na aula inaugural da Universidade de Turim, em 24 de novembro de 1949, uma posição intermediária entre os dois extremos representados pelas correntes abstratista pura e concretista da ação.

10- Ovídio Araújo Baptista da SILVA. *Curso de Processo Civil*. 4^a ed. São Paulo: RT, v. I, p. 96.

Liebman afirma que a ação é um direito abstrato - mas não genérico _ determinado e referido a uma espécie fática concreta (*fattispecie*), isto é, coordenado a uma concreta razão deduzida em juízo. Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste - favorável ou desfavorável, justo ou injusto - e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material.

Repele a teoria abstrata pura, que defende a possibilidade de requerer aos órgãos jurisdicionais uma decisão, seja ela qual for, inclusive a de denegar a apreciação do pedido, pois descaracterizaria o direito de ação como direito subjetivo, porque competiria a todos, em qualquer circunstância, identificando-o com o direito constitucional, e não com a concepção processualista da ação.

Essa teoria dá especial destaque às condições da ação - possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam* -, colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material.

A falta de uma das condições mencionadas leva à carência de ação e o juiz deve refutar-se de prover o mérito da demanda, quando, então, não há um verdadeiro exercício da prestação jurisdicional, mas, apenas, o uso das formas para fazer aquela avaliação preliminar, pois entre a ação e a jurisdição existe uma exata correlação, não pode haver uma sem a outra.

Neste sentido, afirma Liebman que, só haverá jurisdição quando, ultrapassada essa fase de averiguação prévia, constatar o juiz que a causa posta em julgamento está constituída, no processo, de forma regular e capaz de ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda, mesmo que esta decisão seja contrária ao autor. Via de consequência, não há exercício da jurisdição, nem da ação (e nem do processo) onde não estejam presentes as condições da ação.

Importante salientar que Liebman, a partir da terceira edição de seu Manual de Direito Processual Civil, editado na Itália, em 1973, excluiu a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Mesmo assim, no Brasil, continua-se a incluí-la dentre elas, como se vê do nosso Código de Processo Civil, em seu inc. VI do art. 267.

Para Dinamarco, não é correto tachar de "eclética" a teoria de Liebman, adotada pelo Código: "ela é abstrata, porque não inclui a existência do direito do autor entre as condições da ação, limitando-se a condicionar a ação a requisitos que a situação jurídico-substancial fornece em cada caso."¹¹

Não podemos compartilhar integralmente com a teoria de Liebman, porquanto a sentença que declara inadmissível o exame do mérito (análise puramente processual) é tão sentença quanto aquela que declara inexistente o direito material invocado. Além disso, se o ato que inadmite o exame do mérito não é jurisdicional, dificilmente poderá ser classificado como próprio de outra função do Estado, pois não seria de natureza legislativa, e nem seria adequado considerá-lo como ato administrativo.

De acordo com Fábio Gomes, o comprometimento da doutrina majoritária brasileira com o pensamento de Liebman decorre de três causas fundamentais.

A primeira, consistiu no impacto e profunda impressão que o fundador da Escola de São Paulo causou sobre os discípulos que o cercaram, sem dúvida uma pléiade de juristas que logo passaram a difundir as idéias do Mestre, tornando-se também eles mestre de escol. As obras de Alfredo Buzaid, José Frederico Marques e Machado Guimarães - para citar apenas alguns - demonstram a

procedência da afirmação. A segunda causa decorre diretamente da primeira: a liderança intelectual exercida pelos discípulos de Liebman fez que o espectro de suas idéias atingisse âmbito nacional; com isso, outros grandes processualistas mais jovens formaram-se sob esta influência. Finalmente, o fato de haver o nosso Código vigente adotado orientação consentânea com o pensamento de Liebman certamente desestimulou uma discussão maior ... Há ainda as causas ideológicas, muito ao gosto da nossa elite conservadora, na medida em que tal doutrina se revela comprometida com a redução do espectro da atividade jurisdicional, diminuindo também, consequentemente, o poder do juiz.¹²

O mesmo autor sustenta que a construção de Liebman padece de pelo menos três vícios insuperáveis. O primeiro, consistiu na tentativa

11- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit., p. 320.

12- Fábio GOMES. Ob. cit., p. 281.

de criar-se uma zona intermediária entre a doutrina concreta e abstrata, fazendo com que a aferição das condições da ação seja feita através de juízos meramente hipotéticos; o segundo consistiu em confundir ação com pretensão e, via de consequência, conferir direito de ação também ao réu; e o terceiro foi a redução do campo da atividade jurisdicional, na medida que se deveria criar uma atividade estatal de natureza diversa das três existentes (executiva, legislativa e judiciária), para enquadrar aquela exercida pelo juiz ao decidir sobre as condições da ação.

Estas são as principais teorias que procuraram explicar a natureza jurídica da ação. O Direito Brasileiro acolheu algumas delas: a civilista foi acolhida pelo Código Civil em seu art. 75, a teoria eclética aprofundou raízes no Código de Processo Civil, tendo colocado as condições da ação em um estágio intermediário entre os pressupostos processuais e o mérito (art. 267, VI), mas também se acolheu a teoria abstrata, desvinculando-se o direito de ação processual do direito material.

Da análise destas teorias, pode-se extrair o atual conceito do direito de ação.

1.2. Conceito de Ação

O mestre Ovídio A. Baptista da Silva bem resumiu a natureza das controvérsias que surgiram em torno do conceito do direito de ação:

Se pudéssemos simplificar a natureza das controvérsias que estimularam o surgimento da moderna ciência do Direito Processual Civil - e que acompanharam por mais de cem anos, tendo como núcleo o direito de ação -, resumindo-as em poucas palavras, diríamos que o ponto obscuro que alimentou as divergências residiu sempre na tentativa de construir um conceito unitário de ação, ignorando ou desprezando a hipótese de que pudesse existir, ao lado da ação processual, uma ação de direito material, sem que estes conceitos fossem entre si excludentes. Nesta controvérsia secular, os processualistas procuraram monopolizar a categoria jurídica conhecida como ação, como se aquela figura que fora de direito material tivesse simplesmente emigrado para o processo, deixando um vazio no lugar por ela antes ocupado.¹³

Eduardo Couture, depois de examinar as várias teorias sobre a ação e sua natureza jurídica, conclui a sua exposição, dizendo:

Fica em consequência, para ser dirimida, a questão do conceito. Que existe um direito a que chamaremos, por agora, material ou substantivo, o qual assegura ao indivíduo determinados bens da vida, é fora de dúvida. Que exista um poder jurídico de apresentar-se ante os órgãos jurisdicionais para pedir proteção para esses bens da vida, tampouco é discutível. Pois bem: será necessário criar no sistema dos direitos um *tertium genus*, que não seja nem o direito substantivo, nem o direito processual de demandar ante a autoridade? Não nos parece. Se esse novo direito, ao qual se poderia chamar hiperbolicamente "ação", compete aos que têm razão, e só a esses, então confunde-se com o direito material; se, ao contrário, possuem-no tanto os que têm razão como os que não têm, então

confunde-se com o direito processual. Poder-se-ia dizer, como faz Chiovenda, que esse direito de ação é um desdobramento do direito objetivo, o qual se divide em direito subjetivo à prestação e direito subjetivo de ação; mas a isto se pode responder que se tal coisa acontece, o direito de ação faz parte da estrutura do direito material e está contido nele. Essa idéia parece ser, quando menos, a última forma residual sobrevivente da concepção civilista que considerava a ação como um aspecto dinâmico do direito. - É por isso que essa concepção deve ser oposta a que atribui um caráter absolutamente processual ao conceito de ação, definindo-a como um puro poder jurídico de provocar, mediante petições (pretensões) a atividade de jurisdição. A ação

13- Ovídio Araújo Baptista da SILVA. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, V. 1, p. 34.

é, portanto, um poder jurídico distinto do direito material e da demanda em sentido formal, destinado a obter a atividade estatal, por intermédio de seus órgãos competentes, para a declaração coativa de um direito.¹⁴

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao dispor que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito", dá a qualquer pessoa o direito de acesso ao Poder Judiciário e, portanto, direito de ação, em sua acepção mais ampla. Este direito, no entanto, é de natureza pré-processual e distinto da ação processual. O direito de acesso aos tribunais existe porque o Estado impediu que o particular fizesse "justiça com as próprias mãos", sendo que o exercício da jurisdição constitui obrigação do Estado. Tal o motivo pelo qual pode ser exercido indistintamente por todos, tanto àqueles que tenham sofrido lesão ou ameaça a seus direitos, e até mesmo àqueles que não têm direito algum (ou imaginavam ter direito), nem que seja para que o juiz os declare sem direito. Deste modo, pode-se dizer que o texto constitucional acima transcrito é desnecessário.

A ação denominada processual, por outro lado, é o exercício, a dinâmica desse direito.

Essa distinção é muito bem esclarecida pelo mestre Ovídio A. Baptista da Silva, segundo o qual:

Grande parte das divergências existentes na doutrina processual a respeito do conceito de ação resulta da indevida equiparação entre o direito público subjetivo de acesso aos tribunais e o exercício desse direito, por meio da ação. O agir - quer encarado no plano do direito material, quer considerado em relação ao processo - pressupõe, necessariamente, a anterioridade do próprio direito, não podendo com ele confundir-se. A ação será, em qualquer caso, o exercício de um direito preexistente ou simplesmente deixará de

14- Apud Celso NEVES. Estrutura fundamental do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 115.

ser ação legítima, fundada em direito. Tenho ação processual porque, antes, hei de ter direito subjetivo público para exigir que o estado me preste à tutela capaz de tornar efetivo meu direito, cuja realização privada o próprio Estado tornou impossível.¹⁵

O mesmo Autor, ao fazer distinções entre direito subjetivo processual e ação, também reconhece que esta não é um direito subjetivo, e sim um momento dinâmico de realização do direito subjetivo:

A ação não é um direito subjetivo pela singela razão de ser ela própria a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e no qual ela mesma se funda, para adquirir sua pressuposta legitimidade. O conceito de ação processual assenta-se na premissa de existir, como um plus lógico, um direito público subjetivo que lhe precede, por meio do qual o Estado reconhece e outorga a seus jurisdicionados o poder de invocar proteção jurisdicional. Não se pode, portanto, confundir as duas categorias. Uma coisa será o direito subjetivo processual, por meio do qual a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito através do exercício da ação processual. Outra, não o poder, mas o exercício efetivo desse direito, por meio da ação.¹⁶

Para Vicente Greco Filho, o "direito de ação é o direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão."¹⁷

Segundo Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco:

15- Ovídio Baptista da SILVA. *Curso de Processo Civil*. 4^a ed. São Paulo: RT, 1998. v. 1, p. 84.

16- *Idem*, *ibidem*. p. 75.

17- Vicente GRECO FILHO. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1, p. 75.

... "trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste - favorável ou desfavorável, justo ou injusto - e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta". E acrescem que "a doutrina dominante distingue, porém, a ação como direito ou poder constitucional - oriundo do *status civitatis* e consistindo na exigência da prestação do Estado - garantido a todos e de caráter extremamente genérico e abstrato, do direito de ação de natureza processual, o único a ter relevância no processo: o direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual."¹⁸

Em obra mais recente, Dinamarco alterou seu ponto de vista, sustentando que "nem a ação nem a defesa constituem direito subjetivos, e sim poderes, por fazerem com que o Estado atue para a oferta do bem a quem tiver direito"¹⁹. E continua afirmando que:

... a ação, que já foi o próprio direito de haver o bem em juízo (*actio*), sem que sequer existisse ainda a idéia do direito subjetivo; que já foi expressão bélica do direito subjetivo lesado (teoria imanentista); que já foi direito à sentença favorável (teorias concretistas); que já foi direito incondicionado à sentença de mérito e, depois, condicionado (diversas teorias abstratas) - chegou na atualidade mais recente à condição bem mais modesta de direito ao processo, aos atos deste e só sucessivamente, depois de cumpridamente exercida, direito ao provimento de mérito.²⁰

18- Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO; e Antônio Carlos de Araújo CINTRA. *Teoria Geral do Processo*, 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 256.

19- Cândido Rangel DINAMARCO. *Ob. Cit.*, p. 321.

20- *Idem*, *ibidem*. p. 321.

E conclui, sustentando que:

O agir mediante o exercício do poder de ação (e também a exceção, no curso do processo) não expressa a idéia de uma "ação material", como é a autotutela, pela qual o próprio interessado busca o bem para si, por sua própria força ou astúcia. Esse é um "agir indireto", que consiste em "fazer o Estado agir" _ e este é quem efetivamente age, seja declarando o direito de uma das partes ao bem, seja proporcionando-lhe a posse e fruição deste (processo de conhecimento, processo de execução)." ²¹

A ação processual é, portanto, o poder de invocar a prestação jurisdicional contra o Estado, relativamente a uma pretensão, independentemente da existência do direito material vindicado. Distingue-se, portanto, da ação de direito material.

A ação denominada de direito material, corresponde ao agir contra o obrigado, para a realização do direito, independentemente de sua colaboração. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva:

A distinção fundamental entre pretensão e ação de direito material está em que a pretensão - enquanto exigência - supõe que a realização ainda se dê como resultado de um agir do próprio obrigado, prestando, satisfazendo a obrigação. Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento, mediante ato voluntário do obrigado, ainda não ajo para a satisfação, com precedência de qualquer ato de cumprimento por parte do sujeito passivo. A partir do momento em

que o devedor, premido por minha exigência, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação. Já agora posso agir para a satisfação, sem contar mais com a ação voluntária do obrigado cumprindo a obrigação. A ação de direito material

21- *Idem, ibidem.* p. 323.

é, pois, o exercício do próprio direito por ato do seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado.²²

Quanto mais o Estado alargou o seu campo de atividades e ampliou o monopólio da jurisdição, proibindo a realização privada do direito, menor passou a ser a possibilidade do exercício da ação de direito material sem a invocação da proteção jurisdicional.

No direito processual brasileiro, a possibilidade de solução dos conflitos de interesses independentes da intervenção estatal subsiste na autocomposição e na arbitragem, além da excepcional hipótese de autotutela vigente, por exemplo, no desforço imediato (CC, art. 502), direito de retenção (CC, arts. 516 e outros) e na legítima defesa.

Celso Neves, ao abordar tema relativo ao conflito de interesses, distingue perfeitamente as hipóteses de ação de direito material e processual. Para o Autor, é por meio da ação de direito material que se manifesta à pretensão - também de direito material - resultante do conflito de interesses que, satisfeita, elimina a pretensão à tutela jurídica processual. No entanto, pode ser que a ação de direito material não tenha sido suficiente para reduzir o obrigado a cumprir a prestação que lhe compete, tornando necessária a intervenção estatal para assegurar ao credor o objetivo da prestação, na medida em que isso seja possível. É então que se passa ao plano da ação de direito processual, isto é, "à contenção dirigida aos órgãos estatais, para o fim de deslindar o conflito de interesses, segundo a disciplina do direito objetivo que incidiu e importa realizar."²³

Em suma, deve-se reconhecer a existência de dois tipos de agir: um contra o obrigado, que surge depois do exercício infrutífero da pretensão (ação de direito material), e outro contra o Estado, a fim de que o órgão encarregado de prestar a jurisdição realize o direito no lugar de seu titular, desenvolvendo a atividade que este fora impedido de realizar (ação de direito processual).

22- Ovídio A. Baptista da SILVA. *Ob. Cit.*, p. 79.

23- Celso NEVES. *Ob. cit.*, p. 120.

2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE AO JULGAMENTO DO MÉRITO

A doutrina de Liebman deu considerável importância às chamadas condições da ação, a ponto de negar o exercício da jurisdição em caso de inexistência de algum desses requisitos, e colocando-as em categoria processual distinta dos pressupostos processuais e do mérito.

O objetivo deste trabalho é identificar se justifica a permanência das condições da ação em categoria distinta, ou se poderiam ser incluídas entre os pressupostos processuais ou até mesmo no mérito.

Sobre este tema, formaram-se duas correntes doutrinárias: a dos que vinculam a ação ao julgamento final da causa e a dos que a abstraem desse resultado.

Para os que se filiam a primeira corrente (Fábio Gomes, Ovídio Baptista, dentre outros) minoritária, há apenas duas ordens de requisitos a serem examinadas pelo juiz no momento de proferir a sentença: os pressupostos processuais, aos quais concernem todos os assuntos ligados à formação da relação processual, e o mérito da causa, neste compreendidas as condições da ação, sendo que, ao apreciá-las o juiz estará dizendo a quem assiste razão; logo, se faltar uma delas, haverá improcedência da ação.

Para a segunda corrente (elaborada por Liebman), e seguida pela maioria dos doutrinadores pátrios, os assuntos que devem ser analisados pelo juiz antes do julgamento final da lide se tripartem,

classificando-se em: a) questões preliminares (referentes aos pressupostos processuais); b) questões intermédias (dizem respeito às condições da ação) e; c) questões finais (referentes à pretensão deduzida em juízo, ou seja, ao mérito da causa).

Assim, as condições da ação formam uma outra categoria a ser examinada pelo juiz, antes de resolver o mérito da causa.

O nosso Código de Processo Civil, neste aspecto, seguiu a teoria de Liebman, adotando a tricotomia de categorias processuais acima mencionadas, referindo-se a elas em dois momentos: ao tratar da ação (art. 3º) - oportunidade em que se refere apenas ao interesse processual e à legitimidade - e ao elencar os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI) - onde finalmente menciona a possibilidade jurídica (sem o complemento "do pedido").

Dinamarco²⁴ esclarece que os alemães nunca foram apegados a esse trinômio e falam somente em pressupostos processuais e mérito. Esta também é a tendência dos doutrinadores italianos nas últimas décadas.

Celso Neves, de outro lado, sustenta que existe um quadrinômio formado pelo pressuposto processual, pelos supostos processuais, pelas condições da ação e pelo mérito da causa. Os supostos processuais envolveriam os requisitos de validade do processo e as condições da ação no plano das circunstâncias que tornam possível o exame do mérito.²⁵

Seguindo-se, por ora, a doutrina de Liebman, qual a ordem que deve ser seguida pelo magistrado para analisar a causa de pedir e o pedido contidos na inicial? De acordo com a ordem estabelecida pelo art. 301 do CPC, os incs. de I a IX tratam dos pressupostos processuais e somente, após o seu exame é que o juiz apreciará as condições da ação. Assim, no dizer de Nagib Slaibi Filho, "o juiz precisa se situar no processo para apreciar as questões extraprocessuais da ação e do mérito da causa."²⁶

Portanto, para melhor compreensão do assunto, primeiro serão analisados os denominados pressupostos processuais.

2.1. Pressupostos Processuais

Denominam-se pressupostos processuais os requisitos para a constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (CPC, art. 267, IV).

A idéia de pressupostos processuais se deve a Büllow. Ele demonstrou que, no direito romano, não havia exceções processuais. Exceção era sempre substancial, isto é, defesa de mérito indireta. E argumentava que a exceção implica ter o excipiente o ônus de alegar e provar o seu fundamento. Absurda, pois, a teoria das exceções processuais (então adotada) que, por coerência, deveria levar a negar-se ao juiz o poder de declarar, de ofício, a falta de pressuposto processual. Em substituição a essa teoria, lançou Büllow a dos pressupostos processuais.

24- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit., p. 617.

25- Celso NEVES. Ob. cit., p. 119-120.

26- Nagib SLAIBI FILHO. Sentença Cível (fundamentos e técnica). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 147.

Para classificar os pressupostos processuais, partimos do art. 82 do Código Civil, que exige, para a validade do ato jurídico, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Também no processo deparamo-nos com pressupostos subjetivos (concernentes ao juiz e às partes), formais e objetivos. Mas há que se acrescentar, ainda, os extrínsecos (alheios à relação processual).

São pressupostos subjetivos: a) concernentes ao juiz: ter jurisdição, ser competente para conhecer da ação e imparcialidade (inexistência de causa de impedimento ou suspeição); b) concernentes às partes: personalidade judiciária (capacidade de ser parte), capacidade processual e representação por

advogado. Há ainda a considerar a legitimidade para a causa, que é condição subjetiva, mas da ação. Os pressupostos formais dizem respeito à forma dos atos processuais. São extremamente numerosos e variáveis. Não é possível a apresentação de um catálogo completo. A título de exemplo podem-se apontar a forma escrita da petição inicial e da sentença, os requisitos da citação e intimações, a intervenção do Ministério Público, a adequação do procedimento e a produção das provas necessárias à decisão da causa.

São pressupostos objetivos a existência de um pedido, de uma causa de pedir, de nexo lógico entre ambos e a compatibilidade dos pedidos, havendo mais de um. Há que se considerar, ainda, as condições objetivas da ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir (necessidade e adequação do provimento solicitado) e, eventualmente, a prova liminar de ato jurídico, sem o qual seja inadmissível a ação.

São pressupostos extrínsecos o compromisso, a perempção, a litispendência, a coisa julgada, a caução e o depósito prévio das custas.

Para Dinamarco:

A exigência dos pressupostos sem os quais não poderá ser emitido o provimento postulado, é projeção à garantia constitucional do *due process of law* e significa que o Estado só se dispõe a dar tutela jurisdicional quando o processo apresentar suficiente mostras de ter sido realizado de modo seguro para todos. Tal é o processo justo e equo, Indicado na doutrina mais moderna como precedente indispensável de toda tutela jurisdicional.²⁷

E prossegue:

Diante do modo como o sistema processual antepõe os pressupostos ao próprio provimento, o demandante só terá o efetivo poder de exigir a emissão deste - e o Estado-juiz o concreto dever de emiti-lo em cada caso - quando cumpridos todos aqueles. Por isso é que se tem por exagerado o conceito de ação como direito ao provimento de mérito, considerada existente aquela sempre que presentes suas três condições.²⁸

E sintetiza:

[...] a) antes da propositura da demanda, o sujeito poderá não ter sequer em tese o direito ao provimento, o que acontece quando lhe faltar alguma das condições da ação, mas ainda assim terá o direito de demandar; b) ainda que presentes todas elas, só quando proposta a demanda de modo regular e sendo o demandante capaz, ele terá direito ao processo e à realização de seus atos; c) mas não terá o direito ao provimento enquanto todo o procedimento não tiver sido realizado por inteiro e de modo correto.²⁹

A verificação dos pressupostos processuais é feita ao longo do procedimento, a partir do momento em que o juiz aprecia a petição inicial, na fase de saneamento, ou até mesmo quando da sentença, eis que não há preclusões para que o juiz os examine (art. 267, § 3º, do CPC).

27- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit., p. 616.

28- Idem, ibidem. p. 616.

29- Idem, Ibidem. p. 616.

2.2. Condições da Ação

Condições da ação, segundo Arruda Alvim, "são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina, e muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final"³⁰, ou seja, para se alcançar uma decisão de mérito que componha efetivamente o litígio, uma vez que o simples pedido é insuficiente, porque o exercício do direito de ação requer um processo composto de uma sucessão de atos visando atingir

um fim (a sentença).

Para Chiovenda entendem-se como condições da ação:

... as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável, variam segundo a natureza do pronunciamento. Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1º) a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigando o réu a uma prestação; 2º) a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º) o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos.³¹

São condições da ação, conforme a doutrina de Liebman, adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir (necessidade e adequação do pedido formulado) e a legitimidade para a causa. A primeira delas é de natureza objetiva e as demais são subjetivas. Para este doutrinador, as condições da ação:

30- *Apud* Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. v. I, p. 54.

31- Giuseppe CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1. p. 47.

[...] são os requisitos da existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz à necessidade de julgar sobre o pedido (demanda) para acolhê-lo ou rejeitá-lo. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta (*concreta fattispecie*) deduzida em juízo. Toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori* seja qual for a lei que rege a relação controversa. A ausência de apenas uma delas já induz carência de ação, podendo ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau do processo. Por outro lado, é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida.³²

Para Dinamarco, todas as três condições da ação:

... constituem-se faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial, sabido que é sempre da situação da vida lamentada pelo demandante, em associação com o resultado jurídico-substancial pretendido, que resultam a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de parte. Essas condições situam-se no campo do direito processual, porque constituem requisitos para que o processo possa prosseguir e, consequentemente, para que possa o juiz vir a ter o dever de prover sobre o mérito; mas, em

32- Enrico Tullio LIEBMAN. *Manual de Direito Processual Civil*. [tradução e notas Cândido Rangel DINAMARCO]. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 153-154.

cada caso, é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não.³³

A denominação condições da ação é inapropriada, se levarmos em consideração que o direito de ação é incondicionado, levando ao extremo de inadmitir-se o exercício do direito de ação quando não preenchidos estes requisitos. Este tema será analisado posteriormente.

São apropriadas as palavras de José Miguel Garcia Medina, as quais enfatizam que:

... a doutrina mais moderna e dominante reconhece a ação como um direito autônomo e abstrato, independente do possível direito material subjetivo, cujo reconhecimento o autor postula em juízo. No entanto, a total abstratividade levou à necessidade de se criar um elo de contato, mesmo que

mínimo, entre a ação e o direito material, porquanto a lide informada em juízo pelo autor há que incidir necessariamente não vem da vida (pedido mediato), contrastando com a prestação jurisdicional pretendida (pedido imediato). Daí dizer-se que, embora o direito de ação seja autônomo e abstrato em relação ao direito subjetivo material afirmado, deve apresentar conexão com a relação jurídica de direito material alegada. Por isso condicionou-se, por fim, o exercício do direito de ação e que, por estarem mais ligadas ao direito que condicionam (direito autônomo e abstrato, como se disse), não pertencem ao mérito, mas constituem categoria autônoma de institutos processuais a serem analisados pelo juiz, antes do mérito, o que acabou sendo adotado pelo atual Código de Processo Civil que, no art. 267, VI, determina a extinção do processo sem exame do mérito caso não se apresentem as condições da ação (quanto aos pressupostos processuais, a

33- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit., p. 297.

imposição legal encontra-se nos incs. IV e V do mesmo artigo) e, dada a sua relevância, consideram-se objeções processuais e, como tal, podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo.³⁴

Para o Código de Processo Civil, três são as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa.

2.2.1. Interesse de Agir

Consiste no interesse em obter o provimento pleiteado. O interesse processual nasce quando o direito subjetivo começa a se encontrar num estado de insatisfação, e somente pode ser obtido por via judicial. É nesse sentido o magistério de Piero Calamandrei, para quem:

... o interesse processual em atuar e contradizer surge precisamente quando verifica-se em concreto aquela circunstância que faz considerar que a satisfação do interesse substancial tutelado pelo direito não pode ser já conseguida sem recorrer à autoridade judicial, ou seja, quando se verifica em concreto a circunstância que faz indispensável pôr em prática a garantia jurisdicional.³⁵

E prossegue o mesmo autor, afirmando que o interesse processual, em sua distintas configurações, surge somente quando:

... a finalidade que o solicitante se propõe a alcançar mediante a ação não pode (ou já não pode) ser alcançada, senão mediante a providência do juiz, quando a situação jurídica existente antes do processo é tal que o recurso à autoridade judicial se apresenta como necessário.³⁶

34- José Miguel Garcia MEDINA. Possibilidade jurídica do pedido e mérito, Revista de Processo n. 93, p. 371.

35- Piero CALAMANDREI. Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 216.

36- Idem, ibidem. p. 219.

Para Liebman, o interesse de agir surge da necessidade de obter, pelo processo, a proteção do interesse substancial lesionado, pressupondo, no entanto, que o provimento demandado seja idôneo para protegê-lo e satisfazê-lo. Em conclusão, aduz:

O interesse de agir é posto pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento demandado, para remediar-la, mediante a aplicação do direito, e essa relação deve consistir na utilidade do provimento, como meio para obter a proteção do interesse concedida pelo direito. Ocorrida a ação típica, vinculada às singulares relações jurídicas substanciais, esse é o elemento característico da ação, aquele pelo qual a ordem jurídica mede a idoneidade da espécie fática deduzida em juízo para constituir objeto da atividade jurisdicional e, pois, a demanda como conforme ao escopo do direito e, por isso, merecedora de ser examinada. O interesse é um requisito não somente da ação, mas de todos os direitos processuais: direito de contradizer, ou seja, de defender-se, direito de impugnar uma sentença desfavorável etc.³⁷

Carreira Alvim distingue entre interesse substancial (ou material) e interesse processual. O primeiro é considerado interesse primário (interesse do credor em receber o seu crédito; do proprietário em haver a posse do seu imóvel; do locatário em haver o preço da locação). Já o interesse processual é secundário, ou seja, surge quando a necessidade de obter, através do processo, a proteção para o interesse substancial (o devedor não pagou o débito, o inquilino não desocupou o imóvel ou deixou de pagar o aluguel) ³⁸.

O interesse de agir, portanto, é um direito processual, secundário e instrumental em relação ao interesse substancial primário, e tem por objeto o provimento que se pede ao órgão jurisdicional, para satisfação do

37- *Apud* Celso NEVES. Ob. cit., p. 122.

38- José Eduardo CARREIRA ALVIM. Elementos de Teoria Geral do Processo. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 152.

interesse primário, prejudicado pelo comportamento da parte adversa ou da situação de fato objetivamente existente.

Enfatiza Chiovenda que:

... o interesse de agir não consiste unicamente no interesse de conseguir o bem garantido pela lei (o que forma o conteúdo do direito), mas também no interesse processual de conseguir-lo por obra dos órgãos jurisdicionais. Pode-se, em consequência, ter um direito e não ter ainda nenhuma ação ("o interesse é a medida das ações" - *point d'intérêt point d'action*). ³⁹

De observar que a prestação jurisdicional solicitada no caso concreto deve ser necessária (isto é, imprescindível a intervenção do Estado, ou porque a parte contrária se nega em satisfazer aquele direito, ou porque a lei assim o exige - a exemplo das providências de natureza declarativa ou constitutiva) e útil ou adequada (deve haver relação entre a situação trazida a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado).

2.2.2. Legitimação para Agir (ou *legitimatio ad causam*)

A legitimização para agir diz respeito à titularidade ativa e passiva para a ação. Consoante Amaral Santos, "o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, à legitimização do autor para agir em relação ao réu, deverá corresponder a legitimização deste para contradizer àquele."⁴⁰

Por sua vez, dispõe o art. 31 do CPC: "Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade". E o art. 61 do mesmo diploma legal dispõe que "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

A titularidade se apura tendo em vista a relação jurídica de direito material em que surge o conflito de interesses.⁴¹

39- Giuseppe CHIOVENDA. Ob. cit., p. 49.

40- Moacyr Amaral SANTOS. Ob. cit., p. 171.

41- Acórdão do STJ, REsp 9.199 (RSTJ 23/418).

Ressalta Egas Dirceu Moniz de Aragão que:

... eventualmente, poderá a relação jurídica do litígio ser outra relação processual, como no caso da rescisão de sentença, por incompetência funcional do juiz que prolatara. Neste caso, a legitimidade para a ação se apurará em vista da titularidade da relação processual em que a sentença rescindenda fora proferida.⁴²

O requisito da legitimidade adquire relevo nos casos de intervenção de terceiros (arts. 56 a 80 do

CPC), que têm reflexos no instituto da coisa julgada, bem como na substituição processual, caso em que se reconhece legitimidade extraordinária a alguém para agir em nome próprio, defendendo interesse de outrem.

Dinamarco assevera que a legitimidade *ad causam* é:

... a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la.⁴³

E prossegue, afirmando, que tal condição está inserida no âmbito do interesse de agir:

Em rigorosa técnica processual, a legitimidade *ad causam* insere-se no âmbito do interesse de agir porque sua falta traduz-se em ausência de utilidade do provimento jurisdicional. Ainda que tenha legitimidade, o autor pode carecer do direito de ação se por outro motivo esse provimento não for

42- Egas Dirceu MORIZ.Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II, p. 399.

43- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit. p. 303.

apto a proporcionar-lhe utilidade, como no exemplo do *writ* concedido quando o concurso já se realizou; mas, se a medida for postulada por outra pessoa, já se sabe de antemão que a tutela jurisdicional será inútil, dispensada a perquirição relativa a outros elementos. A legitimidade *ad causam* é, assim, um destaque negativo do requisito do interesse de agir, cuja concreta ocorrência determina a priori a inexistência deste.⁴⁴

Esta dificuldade para distinguir os dois institutos foi sentida pelo legislador, que em vários dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil empregou o vocábulo interessado e não legitimado (arts. 108, 146 e 152 do Código Civil e arts. 472 e 848 do Código de Processo Civil). Para Dinamarco, deve-se distinguir entre obrigações fungíveis e infungíveis para chegar-se à utilidade da medida pleiteada. Segundo o doutrinador:

Será inadequado falar em ilegitimidade quando, ainda que contrariamente ao direito, do provimento se possa esperar o proveito jurídico e prático desejado. Se cobro judicialmente um crédito que não é meu, mas peço a condenação do réu a pagar a mim, certamente não terei direito algum à sentença favorável, porque não sou credor; se peço a condenação de alguém a pagar débito alheio, idem; nessas duas situações, porém a sentença que julgassem procedente a minha pretensão seria plenamente capaz de oferecer-me o proveito que desejo. Nada teria de inútil, embora contrária à lei material. Diferente é a situação de quem pede a condenação e alguém a realizar um trabalho personalíssimo, cuja obrigação é de outrem: não teria utilidade alguma, p. ex., a condenação de qualquer outra pessoa a realizar um recital a que estivesse obrigado por contrato um dos três grandes tenores da atualidade. Sempre que se trate de obri

44- Idem, ibidem. p. 305.

gações fungíveis, a ausência da titularidade ativa e passiva (direitos e obrigações) é questão de mérito, sendo improcedente e não inadmissível a demanda que optar por pessoa inadequada: eu não tenho o direito subjetivo material a receber um valor devido a outrem, nem devido por outrem que não seja o réu, mas tenho o direito a receber uma sentença que se pronuncie a esse respeito.⁴⁵

2.2.3. Possibilidade Jurídica do Pedido

Para Liebman⁴⁶ consistia⁴⁷ na admissibilidade, em abstrato, do provimento demandado, isto é, que este se encontre entre aqueles que o juiz pode pronunciar e não seja expressamente vedado pelo ordenamento jurídico.

Egas Dirceu Moniz de Aragão, a seu turno, observa que a possibilidade jurídica não deve ser

conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico que torne o pedido viável, em tese (porquanto o Direito brasileiro reconhece a existência de lacunas da lei – CPC, art. 126 – acolhendo preceitos que autorizam o juiz a decidir as causas que lhe sejam submetidas, ainda que falte uma previsão legislativa a seu respeito – através da aplicação das regras de integração das normas jurídicas – sem que se possa negar sumariamente a pretensão por se reputar formada, em caso tal, a vontade negativa da lei, a que alude Chiovenda), mas sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável.⁴⁸

E prossegue o mesmo autor esclarecendo que quando se fala na previsão em abstrato do pronunciamento pretendido, ou no veto que lhe seja aposto, se deve levar em conta o tipo de solução que o autor busca

45- *Idem, ibidem.* p. 306-307.

46- *Apud* José Eduardo Carreira ALVIM. Ob. cit., p. 153.

47- Obs: Usou-se o termo consistia porque Liebman abandonou, na terceira edição de seu Manual esse ensinamento, para excluir do elenco das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido. O exemplo principal de impossibilidade jurídica do pedido era o divórcio. Passando este a ser permitido na Itália, em 1970, Liebman reviu sua teoria, embora ainda adotada pelo CPC vigente.

48- Egas Dirceu Moriz de ARAGÃO. Ob. cit., p. 398.

para compor a *lide*, ou seja, a sentença, considerada como ato estatal que define o litígio quanto ao mérito.

Como ressaltam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Dinamarco:

... constitui tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo acesso à justiça, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p. ex., constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade desses atos, com a consequência de que os tribunais os examinem.⁴⁹

Calamandrei⁵⁰ assevera que a possibilidade jurídica do pedido, o interesse processual e a legitimidade devem concorrer, a fim de que possa ser considerar nascida a ação, entendida em sentido concreto como direito à providência favorável; a falta de um só deles determinaria igualmente a rejeição em mérito da demanda.

Conforme Humberto Theodoro Júnior⁵¹, predomina da doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de adequação do pedido ao direito material a que, eventualmente, correspondesse a pretensão do Autor. Isto leva à conclusão de que o cotejo do pedido com o direito material só pode levar a uma solução de mérito (à sua improcedência, caso conflite com o ordenamento jurídico).

Para contornar este problema, Humberto Theodoro Júnior sugere restringir a possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual, fazendo distinção entre o pedido imediato, ou seja, aquele formulado contra o Estado, no que se refere à tutela jurisdicional, e o pedido mediato, formulado contra o réu, referindo-se à providência de direito material. Assim, segundo o jurista, a possibilidade jurídica deve ser

49- Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO e Antônio Carlos de Araújo CINTRA. Ob. cit.. p. 259-260.

50- Piero CALAMANDREI. Ob. cit., p. 219.

51- Humberto THEODORO JÚNIOR. Ob. cit., p. 54.

localizada apenas no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor. Cita como exemplos a ação de acidente de trabalho – antes que se discuta a questão na esfera administrativa – e o pedido de

herança de pessoa viva.⁵²

Esta distinção feita por Humberto Theodoro Júnior não tem pertinência, tendo em vista que sempre que o Estado for acionado, haverá de manifestar-se, ou seja, sempre haverá a tutela jurisdicional, o que leva à conclusão de que mesmo o "pedido imediato" não pode deixar de ser apreciado. Além disto, esta distinção é meramente didática, não encontrando previsão no Código de Processo Civil.

3. A ANÁLISE DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1. *Lide e Mérito*

Francesco Carnelutti desenvolveu a concepção de *lide* como sendo um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificados por uma pretensão resistida (contestada). O nosso Código de Processo Civil aderiu ao conceito carneluttiano, conforme se vê em sua Exposição de Motivos:

No CPC vigente ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, § 2º). O projeto só usa a palavra *lide* para designar o mérito da causa. *Lide* é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificados pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A *lide* é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.

52- Os exemplos citados por Humberto Theodoro Júnior não se aplicam ao conceito de impossibilidade jurídica do pedido, sendo mais correto falar-se em ausência de interesse processual, porquanto a intervenção do Estado-juiz ainda não se faz necessária, por não esgotada a via administrativa.

Portanto, para o Código de Processo Civil, o termo "*lide*" é usado para designar o pedido do autor, o mérito da demanda, a pretensão, o objeto do processo. Os termos mérito e *lide* são sinônimos. Assim, apreciar o mérito ou a *lide* é decidir a respeito do pedido do autor, julgando-o procedente ou improcedente.

De observar, no entanto, que em alguns dispositivos inseridos no Código de Processo Civil, a palavra *lide* tem significados diferentes, como por exemplo, nas locuções denunciaação da *lide* ou curador à *lide*, tendo o significado de processo.

José Frederico Marques⁵³ identifica *lide* e litígio como vocábulos sinônimos, relacionando vários artigos do Código de Processo Civil em que são empregadas estas terminologias.

Liebman, por sua vez, aderiu à crítica feita por Calamandrei, de que o conceito apresentado por Carnelutti seria mais sociológico do que jurídico, aceitando apenas parte deste conceito, dando relevo ao pedido das partes, notadamente o do autor, que ele considera como objeto do processo e delimitador do mérito. Segundo Liebman:

... o conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em consequência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão, forma, em seu complexo, o mérito da causa. Não se pode estabelecer qualquer regra sobre a ordem lógica em que as questões de mérito devem ser examinadas: deve o juiz, caso a caso, examiná-las e resolvê-las na ordem que lhe parecer conveniente.⁵⁴

Assim, enquanto que a *lide* na visão de Liebman é restrita ao pedido do autor. Carnelutti funda-se na resistência para conceituá-la.

53- José Frederico MARQUES. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo:Saraiva, 1986. v. 1. p. 80.

54- Apud Fábio GOMES. in Carência de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 74.

Dinamarco faz críticas à concepção de Carnelutti, afirmando ser inadequado alçar a *lide* à condição de objeto do processo, por duas razões:

Primeira, porque nem sempre existe um conflito de interesses entre as partes: há casos em que ambas podem até desejar o mesmo resultado e apesar disso o processo é indispensável para que o resultado se obtenha (direitos indisponíveis, como na ação de separação judicial ou de divórcio, na destituição do pátrio poder e nas pretensões penais em geral). Segunda, porque nem sempre toda a *lide* existente na vida das pessoas é trazida a juízo, nunca se podendo saber com certeza se se está diante de um processo por lide integral ou parcial (Carnelutti): dizer que o objeto do processo é somente a porção da lide trazida ao juiz (Lieberman, Galeno Lacerda) equivale a dizer que esse objeto é representado só pela pretensão deduzida - o que torna o conceito ao menos inútil, porque o assimila ao de pretensão deduzida (ainda quando na vida comum a lide tenha maior extensão, só a sua manifestação é que interessa socialmente e ao processo).

O conceito carneluttiano de *lide*, não obstante em si mesmo seja absolutamente lógico e convincente, tem natureza sociológica e não jurídico-processual (Calamandrei). Nem sempre o conflito substancial de interesses sai do espírito da pessoa contrariada, que se resigna em silêncio. Isso acontece até por ignorância ou pobreza. Às vezes, o conflito exterioriza-se no convívio social mas não vem para o processo - e são muitas e conhecidas as causas da litigiosidade contida (Watanabe). Outras vezes, ainda, motivos vários fazem com que só venha para o processo, como seu objeto, uma porção da *lide*. Por tudo isso, esse fascinante conceito não concorre para o entendimento do objeto do processo e para a elaboração de sua teoria geral.⁵⁵

55- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit., p. 183-184.

O mérito, por sua vez, diz respeito à pretensão formulada pelo autor. O juiz, depois de superadas as questões de admissibilidade da ação, verifica as questões de mérito, ou seja, se os fatos alegados na inicial ocorreram e ficaram devidamente provados, se as normas de direito substancial invocadas são pertinentes e se elas conferem ao demandante o direito que alega. No entanto, somente o *decisum* fica imunizado pela coisa julgada material, o que não acontece com as questões que serviram de fundamento ao julgado (art. 469 do CPC).

Portanto, não devemos confundir lide e mérito. Haverá situações em que não haverá lide (jurisdição voluntária) e mesmo assim será apreciada a pretensão de direito material trazida a juízo, bem como pode haver lide sem que tenha necessariamente sido apreciado o mérito (falta de algum dos pressupostos processuais).

Feitas estas considerações, passemos à análise do art. 267, VI, do CPC.

3.2. O Julgamento da Carência de Ação

O Código de Processo Civil adotou a classificação elaborada por Lieberman, colocando o exame das condições da ação como causa de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI). Portanto, a distinção conceitual entre carência de ação e improcedência tem importância fundamental, pois os regimes de produção da coisa julgada material, em nosso direito, para ambas, são diversos.

O art. 162, § 1º, do CPC, distingue os efeitos produzidos pela sentença, classificando-a em terminativa (aquele que não chega a conhecer da questão de mérito) e definitiva (que conhece o mérito).

Lieberman, apesar de criticar a teoria concretista, por ela não explicar os casos de improcedência do pedido, afirma que só haveria jurisdição quando o juiz enfrentasse o mérito da demanda. Assim, ao reconhecer a carência de ação, esta atividade do magistrado seria de natureza meramente administrativa, ou, como chamou Lieberman, de joeiramento prévio. No entanto, deixa sem explicações alguns questionamentos: qual a natureza jurídica do ato que extingue o processo por carência de ação? Se não houve ação, por que o Estado se manifestou para aplicar o direito objetivo e impedir o curso regular do processo? Não houve jurisdição, nem processo?

O que dizer da ação reivindicatória, na qual o juiz, após a instrução, verifica que o autor não é o

proprietário? O que deveria o magistrado fazer? Extinguir o processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade, ou julgá-lo improcedente, porque o autor não tem o direito material vindicado? Não terá havido o exercício do direito de ação?

Para Nagib Slaibi Filho, "ao extinguir o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, o provimento não tem caráter jurisdicional, de resolução definitiva de conflitos de interesse, mesmo porque não chega a conhecer tal conflito."⁵⁶

Esta afirmação é totalmente inverídica. A sentença que declara inadmissível o exame de mérito (análise puramente processual) é também sentença, tanto quanto aquela que declara inexistente o direito material invocado. Ora, dizer que quando o juiz extingue o processo sem julgamento de mérito, por reconhecer inexistente uma das condições da ação, não houve exercício do direito de ação, é uma incongruência. Ao dizer o direito do juiz não aplica apenas o direito material, mas também o direito processual. O processo procura realizar o direito objetivo, material ou formal.

Com razão, observa Marinoni que:

Em face das duas teorias expostas, faz-se mister destacarmos o seguinte: a) as condições da ação são importantes para o binômio direito-processo; b) as condições da ação importam para a efetividade do princípio da economia processual; c) ou existe um instituto processual, além da ação na concepção de Liebman, que possibilita o desencadear da atividade jurisdicional até o momento da aferição das condições da ação, ou estas condições não são elementos constitutivos da ação, mas simples requisitos para a apreciação da pretensão processual.

Realmente, o Estado, quando provocado, dá início a uma série de atividades apontadas ao escopo de atuação da vontade da lei, substituindo

56- Nagib SLAIBI FILHO. Ob. cit., p. 38.

indo-se às partes em conflito; e, ainda que depois verifique que o demandante não tinha o poder de exigir um provimento definitivo sobre o objeto da sua demanda, mesmo assim não se pode negar que ele tenha agido com aquele escopo, nem que se haja substituído às partes, isto é, não se pode negar que tenha agido jurisdicionalmente.⁵⁷

E conclui:

Quando proibida a autotutela privada, nasceu ao particular o direito a uma resposta jurisdicional. Surgiu, por igual, pretensão a uma resposta jurisdicional. Existe, porém, não só o direito e pretensão a uma resposta jurisdicional, como também direito e pretensão à adequada tutela jurisdicional. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é uma pretensão a uma sentença que possa realizar a ação (= o agir) que seria realizada - não fosse ter sido proibida - pelo particular em um dado caso conflitivo concreto. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que aprecie a pretensão processual e, em caso de procedência, realize o verbo nela indicado. A pretensão processual, que nasce com o exercício da pretensão à adequada tutela jurisdicional, mostra o agir pretendido, pois consiste no pedido de realização da pretensão de direito material afirmado em juízo. A apreciação da pretensão processual, no entanto, fica subordinada à presença de requisitos. Quando estes requisitos não estão presentes, nega-se o direito à adequada tutela jurisdicional, mas não o direito a uma resposta jurisdicional. Em outros termos: nega-se o direito à apreciação da pretensão processual que revela a ação de direito material pretendido e, portanto, a ação condicionada e adequada à realização desta ação.⁵⁸

57- Luiz Guilherme MARINONI. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: RT, 1993, p. 136.

58- Idem, ibidem. p. 138.

Portanto, não podemos compartilhar da tese defendida por Liebman. O ato do magistrado que julga o autor carecedor de ação é tão jurisdicional quanto o que julga a pretensão de direito material.

Vê-se que Liebman e seus discípulos nada mais fizeram do que substituir o direito à sentença favorável, sustentada pelos concretistas, pelo direito à sentença favorável quanto aos pressupostos processuais e às condições da ação. Portanto, a teoria eclética da ação, não pode ser integralmente aplicada.

Como analisar, então, as condições da ação?

Segundo Kazuo Watanabe⁵⁹, as condições da ação não são inconciliáveis com a teoria do direito abstrato de agir, pois elas seriam condições para o julgamento do mérito da causa, impostas basicamente por razões de economia processual e não condições para a existência da ação. O exame das condições da ação deve ser procedido em conformidade com a afirmativa feita pelo autor na peça vestibular (*in statu assertionis*) e não de acordo com a efetiva situação de fato que vier a ser revelada pelas provas produzidas. Esta teoria foi denominada teoria da asserção. Assim, o exame das condições da ação deve ser feito com abstração, isto é, sem qualquer comprometimento com o mérito da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Este é o mesmo posicionamento esposado por Machado Guimarães, quando afirma que:

... deve o juiz, aceitando provisoriamente as afirmações feitas pelo autor - si vera sint exposita - apreciar preliminarmente a existência das condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor da ação; só em seguida apreciará o mérito principal, isto é, a procedência ou improcedência da ação.⁶⁰

Assim, para estes autores, o juízo preliminar de admissibilidade do exame do mérito se faz mediante o simples confronto entre a afirmati

59- Kazuo WATANABE. Da Cognição no Processo Civil. São Paulo: RT, 1987. p. 55.

60- *Apud* Kazuo Watanabe. Ob. cit. p. 58.

va feita na inicial pelo autor, considerada *in status assertionis*, e as condições da ação (não importando a correspondência entre a afirmação e realidade, o que seria problema de mérito). Se o resultado dessa aferição for positivo, a ação estará em condições de prosseguir e receber o julgamento do mérito. Ser verdadeira, ou não, a afirmativa do autor não é indagação que entre na cognição do juiz no momento dessa avaliação. O exame dos elementos probatórios que, eventualmente, poderá ocorrer nessa fase preambular dirá respeito apenas a documentos cuja apresentação seja exigência da lei e, mesmo assim, apenas para o exame das condições da ação, isto é, para a verificação da conformidade entre o documento e a afirmativa, e não para o estabelecimento do juízo de certeza quanto ao direito alegado.

Assim, o exame de qualquer das condições da ação e a comprovação da presença das mesmas deve resultar da resposta afirmativa às seguintes perguntas: se verídicos os fatos narrados, existe lei que ampare a pretensão formulada? Estaria o autor realmente interessado? Seria ele o titular do direito que pretende, e o réu sujeito passivo da eventual relação? Se as respostas forem positivas, estarão presentes todas as condições da ação.

Estas afirmações devem ser analisadas em juízos meramente hipotéticos. Por isso, a ordem processual desaconselha a prática de adiar o exame das condições da ação, mediante o clássico despacho as preliminares confundem-se com o mérito e com ele serão decididas. Se a análise destas condições deve ser feita abstratamente, o magistrado não poderia deixar para apreciá-las após a instrução. Se há esta necessidade de produção de provas, é porque a situação de direito material não está evidente e, portanto, a análise das condições da ação importaria em exame do mérito.

A simples análise hipotética das afirmações do demandante, faz com que cheguemos à conclusão de que basta ao autor mentir na inicial para adquirir o direito à jurisdição!

Barbosa Moreira e Hélio Tornaghi defendem uma mudança na terminologia empregada pelo CPC, sugerindo a expressão "condições do exercício legítimo do direito de ação".

Dinamarco menciona o crescente prestígio da teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas a partir do modo como a demanda é construída - de modo que se estaria diante de questões de mérito sempre que, por estarem as condições corretamente expostas na inicial, só depois se verificasse a falta de sua concreta implementação.

Em face disso, este mesmo autor indica uma série de erros que seriam cometidos:

Eis algumas das objeções que nunca foram satisfatoriamente respondidas: a) só advogados menos preparados iriam incorrer na carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação; b) ao dar provimento à apelação interposta contra uma sentença de mérito fundada no fato de uma das partes ser estranha à relação substancial controvertida (ação de despejo movida a quem não é inquilino), ao tribunal seria permitido examinar as verdadeiras questões de mérito e julgar procedente a demanda, sem suprimir um grau de jurisdição (CPC, art. 515, § 1º); c) se fosse de mérito a sentença que reconhecesse tratar-se de dívida de jogo (improcedência da demanda), a coisa julgada que se formará em torno dela impediria a plena vigência do art. 1.477 do Código Civil, porque eventual pagamento que se faça seria pagamento de dívida inexistente e não, simplesmente, não suscetível de cobrança judicial (obrigação natural); se em dois ou mais processos o mesmo autor pediu a anulação do mesmo ato ou contrato, mas com fundamentos diferentes, a anulação decretada em um deles conduziria o juiz a concluir, nos demais, que o autor não teria direito à anulação (mas todos entendem que o caso é de falta de interesse de agir, porque o resultado almejado já foi obtido) etc. Para superar essas e outras objeções a uma tese arbitrária e absolutamente desnecessária no sistema, a teoria da asserção busca subterfúgios e precisa propor novas interpretações de uma série de conceitos e institutos jurídico-processuais arraigados na cultura ocidental, como o de mérito, o da coisa julgada material e até mesmo o de condições da ação. Para aceitá-la seria indispensável uma mudança muito significativa na ordem jurídico-positiva do processo e em uma série de pilares da cultura processual de fundo romano-germânico.⁶¹

Conforme José Roberto dos Santos Bedaque:

O exame das condições da ação distingue-se do de mérito em substância. Enquanto no primeiro o juiz se limita a verificar determinados elementos apenas da relação material (possibilidade jurídica, legitimidade e interesse), no segundo aprofunda-se ele na análise de toda a relação, naquilo que interessa para o objeto do processo e a tutela representada pela sentença.⁶²

No entanto, embora a análise feita quando do recebimento da inicial seja mais superficial do aquela realizada após ampla instrução, não se pode negar que, se o magistrado houver examinado relação de direito material, terá feito uma análise de mérito, ainda que deixe de analisar o mérito final do pedido, ou seja, a tutela pretendida pelo autor.

A possibilidade jurídica do pedido é a mais despropositada das condições da ação, sendo resquício do pensamento de Wach e Chiovenda, que vinculavam a existência do direito de ação à existência do direito material.

Vejamos estas duas situações:

a) Suponha-se uma ação de cobrança em que "A" se diz credor de "B" da quantia "x", proveniente de dívida de jogo. O juiz, evidentemente, indeferirá liminarmente a petição inicial por ausência de possibilidade jurídica (art. 295, parágrafo único, III, do CPC).

61- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit. p. 314-315.

62- José Roberto dos Santos Bedaque. Direito e Processo, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 75.

b) Em outras situações, pense-se que o mesmo autor proponha a ação de cobrança alegando que a dívida é proveniente de contrato de mútuo. A possibilidade jurídica, examinada hipoteticamente, está presente para a teoria abstratista. Se o réu alegar, em contestação, que a dívida é de jogo e não

decorrente de contrato mútuo, e se a instrução vier a evidenciar que a razão está realmente com ele, réu, o que o juiz irá julgar, para os abstratistas, é que, à vista da prova colhida, o direito que o autor afirmou existir (dívida de empréstimo), na verdade não existe, pois é esse o objeto do processo. Portanto, a ação deverá ser julgada pelo mérito e a conclusão da sentença será no sentido da improcedência, e não de carência. O reconhecimento de que a dívida efetivamente é de jogo, e não de mútuo, ficará restrito ao âmbito da motivação, servindo apenas para o efeito de julgamento do mérito da causa. Para os defensores da teoria eclética, porém, a conclusão última deverá ser de carência da ação, pois o que se evidenciara, após a instrução e exame das provas, é que a dívida reclamada é resultante de jogo de azar, e por isso, é juridicamente impossível a pretensão do autor.

Verifica-se que não há diferença entre estas duas situações. Vejamos outros exemplos:

c) No caso de pedido de divórcio em países que não o admitem, pede-se algo que o direito positivo repele; de outro lado, quando se pede uma determinada indenização e o pedido é julgado improcedente, também o direito positivo o repeliu. Qual a diferença entre as duas situações? Nenhuma.

d) Na ação de usucapião, se o autor alegar que está na posse do imóvel há apenas dois anos, seria o caso de impossibilidade jurídica do pedido. Se o autor, no entanto, afirmasse na inicial que reside no imóvel há 30 anos, e durante a instrução ficasse comprovado apenas 02 anos de posse, extinguir-se-ia o processo sem julgamento do mérito. Também aqui não há diferença entre estas duas situações.

O principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é a cobrança de dívida de jogo. No entanto, o pedido de cobrança de dívida é possível; a origem da dívida (jogo) que é ilícita e não gera, conforme art. 1.477 do Código Civil, uma relação de crédito e débito. Por isso, a análise deste aspecto é manifestamente uma questão de mérito.

Como bem esclarece José Miguel Garcia Medina:

... o argumento doutrinário segundo o qual a possibilidade jurídica do pedido é analisada abstratamente, o que não resultaria no conhecimento do mérito, no exame dos fatos da demanda, ao invés de demonstrar que a possibilidade jurídica do pedido não se confunde com o mérito, acaba produzindo resultado contrário, porque se nem abstratamente o ordenamento jurídico acolhe a pretensão do demandante, muito menos acolheria se se analisasse o mérito.⁶³

Como se pode extrair das lições de Cezar Peluso, lançadas em acórdão que se tornou paradigma (JTACSP-Saraiva):

Denegar pedido infundado é o mesmo que denegar pedido juridicamente impossível, pois as hipóteses, para efeitos processuais, são ontologicamente iguais, ou melhor, deveriam ser no que tange aos efeitos emergentes de sua constatação (Donald Armelin, op. cit., p. 53, n. 36), já que, em ambas, o que se enuncia e declara é a inexistência do direito subjetivo substancial. Em todos os exemplos de impossibilidade jurídica do pedido, o de que carece a parte é do direito material de crédito de jogo, de luvas, do reconhecimento de relação de maternidade que atribua prole ilegítima à mulher casada etc., por expressa exclusão legal.⁶⁴

63- José Miguel Garcia MEDINA. Ob. cit., p. 380.

64- *Apud* Fábio GOMES, in Carência de ação, p. 81.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, a impossibilidade jurídica, como condição da ação, é somente aquela denominada por alguns de absoluta, ou seja, a negativa genérica da pretensão no ordenamento jurídico⁶⁵, tal como decidido pela Câmara Especial do TJSP, em acórdão relatado pelo Des. Sabino Neto, AI 17.738-0, julgado em 22/7/93:

De acordo com a sistemática do Código de Processo Civil, a impossibilidade jurídica é condição da ação, como expresso, aliás, no seu art. 267, inc. IV. Mas, coerente com a antiga teoria de Liebman, apenas a impossibilidade jurídica absoluta, somente esta se inclui no rol das condições da ação

(Fidélis dos Santos). O que se pede (adoção) é previsto no ordenamento jurídico; logo, o pedido é possível. O mais é mérito e com ele deve ser decidido, porquanto a impossibilidade relativa do pedido gera a improcedência da ação.

De observar, contudo, que para o Código de Processo Civil não há distinção entre impossibilidade jurídica absoluta e relativa, de modo que a análise de qualquer delas acarreta a extinção do feito.

Ao dizer que o pedido é juridicamente impossível, o julgador aplica a norma de direito material, pois é lá que irá verificar a impossibilidade. Se a demanda é impossível, continuará sendo impossível, motivo pelo qual se deveria aplicar os efeitos da coisa julgada material.

Assim, no que tange à análise da possibilidade jurídica do pedido, ou o que se pede, no que pertine ao direito material, é proibido ou não previsto pelo ordenamento jurídico, hipótese em que tal conteúdo melhor se enquadraria se considerado no mérito da causa, ou a questão diz respeito ao pedido imediato, e a condição da ação não seria impossibilidade jurídica, mas falta de interesse de agir.

Pergunta-se: se o ordenamento jurídico não ampara a pretensão do demandante, não seria mais útil e econômico extinguir o processo com julgamento de mérito, pelo que o Estado teria atingido o fim colimado pelo

65- José Roberto dos Santos BEDAQUE. Ob. cit., p. 80.

processo, que é dizer o direito? Qual o sentido da permanência da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, sendo que o próprio Liebman, na 3^a edição de seu Manual excluiu a possibilidade jurídica do pedido do elenco de condições da ação?

Benjamin Nathan Cardozo demonstrara que a função do processo judicial não pode consistir em simples atividade de conservação, decorrendo as mudanças da lei, porquanto historicamente isso não é verdade; e se o fosse seria uma desgraça, não podendo o jurista confinar-se num positivismo árido e seco. Ainda que se tente acorrentar o direito a toda sorte de cadeias e grilhões, o juiz sábio sempre arranjará um meio de libertar a vítima.⁶⁶

Thereza Alvim apresenta uma proposta diferente, que se pede vênia para transcrever:

Já dissemos que a prescrição e a decadência são entendidas por nós, como integrantes do próprio mérito da causa. Pensamos que a possibilidade jurídica do pedido também participa dessa mesma natureza. A decisão judicial sobre a existência dessa possibilidade não é da mesma natureza daquela que aprecia a existência da *legitimatio ad causam*, ou do interesse de agir, pois não impede somente o conhecimento do mérito naquela *lide*, mas examina o mérito, concluindo pela existência ou não, de direito positivo, que alberga a pretensão do autor. Poderia essa questão, se adotássemos essa terminologia, ser denominada de preliminar do mérito tanto quanto a prescrição e a decadência. Entretanto, ante a lei vigente, não pode ser sustentada a posição enunciada.⁶⁷

Esta proposta é viável, na medida em que permite o julgamento do mérito, tal como previsto para a prescrição e decadência.

Portanto, não podemos continuar admitindo a extinção do processo sem julgamento do mérito quando reconhecida a impossibilidade de obtenção da tutela jurisdicional pretendida.

66- *Apud* Fábio GOMES. Ob. cit., p. 297.

67- *Apud* José Miguel Garcia MEDINA. Ob. cit. p. 182.

No que tange à legitimação *ad causam*, também não há motivos para que permaneça como condição da ação.

Vejamos o seguinte exemplo:

No julgamento de uma ação rescisória interposta contra espólio, visando desconstituir sentença

proferida em ação possessória, na qual o espólio foi vencedor, o Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe reconheceu a ilegitimidade *ad causam* do autor da rescisória (filho do Requerido - vencido), ao argumento de que o mesmo não fora citado para a ação possessória e nem demonstrou que, junto com seu genitor, exercesse a posse sobre o imóvel. Do teor do acórdão extrai-se parte da manifestação do Ministério Público:

... Na verdade, do patrimônio do pai o filho tem interesse, pois o filho é um herdeiro em potencial dos bens que o genitor deixar (quando se der a abertura da sucessão). Mas isto é o que a doutrina chama de interesse de fato, que não se confunde com o interesse jurídico. Assim é que se diz que o credor não tem interesse jurídico em toda e qualquer ação promovida contra aquele que é seu devedor, embora se possa vislumbrar interesse de fato. Indispensável é que se possa reconhecer relação jurídica entre o credor e os acionantes de seu devedor (...). Diferentemente, se o terceiro é fiador ao devedor acionado, aí sim, mesmo que não tenha participado da ação - e deveria participar - evidente é o seu interesse jurídico na demanda, legitimando-se para ação rescisória porque entre ele e o devedor - réu na ação cuja sentença quer rescindir - havia a relação jurídica de fiança ...⁶⁸

Vê-se que os fundamentos utilizados para o reconhecimento da ilegitimidade do autor da rescisória foram extraídos do direito material

68- Ação Rescisória 006/96, j. 06/08/97, Rel. Des. José Antônio de Andrade Góes, RT 746/371.

(direito das sucessões, fiança), analisando-se a relação jurídica existente entre as partes. Se aplicássemos a teoria eclética em sua forma pura, essas considerações deveriam ser feitas no plano da abstração, quando então não se falaria em ausência de condição da ação.

Um outro exemplo citado por Fábio Gomes, refere-se a um julgamento de um mandado de segurança impetrado por magistrado contra ato de Presidente de Tribunal de Justiça, em razão de não fazer o pagamento salarial antes do dia 15 do mês subsequente ao vencido, nem corrigi-lo monetariamente, contrariando Constituição Estadual. Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser o Tribunal de Justiça parte ilegítima para figurar no pólo passivo da impetração, em razão da violência alegada decorrer de ato praticado pelo Chefe do Executivo, que não estaria fazendo o repasse ao Poder Judiciário na época correta⁶⁹ (RT 724/213).

Como bem observou Fábio Gomes, o Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar a decisão no fato de que a violência alegada decorreu de ato praticado pelo Chefe do Executivo, examinou questão pertinente à relação substancial que lhe foi submetida, motivo pelo qual se deveria considerar apreciado o mérito. Subseqüente mandado de segurança impetrado contra ato do Chefe do Executivo consubstanciará outra ação.

José Roberto dos Santos Bedaque, após concluir que a sentença que reconheça a ilegitimidade de uma das partes expressa julgamento de mérito, afirma:

A legitimidade processual nada mais é do que reflexo da própria legitimação de direito material. Da mesma forma que a validade e eficácia de um ato concernente à relação jurídica substancial depende de estar o agente investido de condição legal para praticá-lo, também o ato processual consubstanciado na demanda deve envolver sujeitos que, em tese, encontram-se naquela situação da vida trazida à apreciação do juiz. Se apenas o proprietário pode alienar, somente quem se diz proprietário tem legitimidade para reivindicar. É sem

69- Fábio GOMES. Carência de Ação. Ob. cit. p. 92.

pre a situação substancial afirmada que determina a legitimação.⁷⁰

Ao analisar o requisito da legitimidade *ad causam*, Dinamarco bem esclarece o equívoco cometido pelos tribunais. Segundo ele, *in verbis*:

Os tribunais brasileiros, influenciados pelo enunciado do interesse de agir e da legitimidade *ad causam* como categorias supostamente estanques, são fortemente propensos a tratar como

ilegitimidade esses casos de ausência do direito do autor perante o réu. Isso acontece com bastante freqüência em demandas de condenação por danos decorrentes de acidentes automobilísticos: sendo pacífica a jurisprudência segundo a qual não responde por eles a pessoa que já vendeu o veículo, embora ainda figure como dono perante as repartições de trânsito (Detran), os tribunais dão o autor por carecedor de ação nos casos em que se pede a condenação do proprietário nominal. Na verdade, tais demandas são improcedentes porque, perante o direito material, o dono é civilmente responsável pelos danos que seu veículo causar mas, obviamente, o não-dono não tem essa obrigação. De todo modo, se algum juiz entender que o ex-dono naquela circunstância responde pelos danos, ele julgará procedente a demanda. A terem razão àqueles pronunciamentos pela carência de ação, ficar-se-ia num estranho dilema entre carência e procedência, sem espaço para a improcedência.⁷¹

Passemos à análise do interesse de agir.

Em julgado recente, o Eg. Superior Tribunal de Justiça reconheceu inexistir interesse de agir em um mandado de segurança impetrado com a finalidade de fazer cumprir decisão anteriormente concedida, por inadequação da via eleita (art. 295, V, do CPC). Vejamos o julgado:

70- José Roberto dos Santos Bedaque. Ob. cit., p. 81.

71- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit., p. 307.

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO _ POLICIAIS CIVIS DOS EX-TERRITÓRIOS - VENCIMENTOS E GRATIFICAÇÕES _ SEGURANÇA PRETERITAMENTE CONCEDIDA (MS 4733/DF) - NOVA IMPETRAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DO JULGADO - IMPOSSIBILIDADE - HIPÓTESE DE RECLAMAÇÃO-CARÊNCIA DA AÇÃO - EXTINÇÃO. 1- Consoante julgado recentemente por esta 3^a. Seção, em caso idêntico (MS n.4.733/DF), incorreta foi a via processual eleita, porquanto, para garantir-se o cumprimento de julgado deste Tribunal Superior o instrumento correto é a Reclamação e não o *mandamus*. Inteligência dos arts. 105, I, "f", da CF/88 c/c 187, do RISTJ. Assim, é o impetrante carecedor da ação, porquanto lhe falta interesse para agir. 2 - Precedentes (MS ns. 4.396/DF e 3.266/DF). 3 - Carência da ação reconhecida para julgar extinto este *writ*, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. *Custas ex lege*. Sem honorários a teor das Súmulas 105/STJ e 512/STF (MS 7424 / DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ:18/02/2002, p.00228).

A falta de interesse processual, neste caso, derivou da inadequação do pedido à obtenção da tutela jurisdicional pretendida. Como vimos, não basta a necessidade de intervenção jurisdicional para a caracterização do interesse de agir, exige-se, ainda, que o provimento solicitado seja adequado a reparar a lesão que ensejou a procura ao Poder Judiciário.

Vê-se, desta forma, que o interesse de agir não é mais que uma relação de necessidade e uma de adequação. Necessidade porque para a solução do conflito é indispensável a atuação jurisdicional, e adequação porque o caminho escolhido deve ser apto a corrigir a lesão perpetrada ao autor e que está descrita na inicial.

No entanto, este requisito melhor se enquadraria na categoria de pressupostos processuais (adequação do pedido _ pressuposto de constituição do processo), e não como condição da ação.

Outra situação comum no que tange ao interesse de agir é condicionar o exercício do direito de ação ao esgotamento das vias administrativas, tal como acontece nas ações previdenciárias (o beneficiário deve pleitear administrativamente o benefício), nas ações de seguro obrigatório etc. Este requisito refere-se à necessidade do provimento jurisdicional. Ocorre que, para chegarmos à essa conclusão, devemos analisar o pedido substancial feito pelo autor. Esta análise, ainda que superficial, é questão de mérito.

Em suma, não se justifica a afirmação de que o autor é carecedor de ação, pois, como vimos, a ação de direito processual terá sempre êxito porque, ao menos, haverá pronunciamento jurisdicional

sobre a ausência de requisitos legais para que o processo tenha seguimento.

Para concluir este assunto, trago mais uma vez os ensinamentos do mestre Ovídio A. Baptista da Silva:

Quando o juiz declara inexistente uma das "condições da ação", ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu _ não contra o Estado - é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma "condição da ação" não constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reproposição da mesma ação, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem, seria a mesma ação que se frustrara no primeiro processo. Toma-se o "conflito de interesses" existente fora do processo, a que CARNELUTTI denominava "lide", como verdadeiro e único objeto da atividade jurisdicional. Como este conflito não fora composto pela primeira sentença que declara o autor carecedor de ação, afirma-se que seu mérito permaneceu inapreciado no julgamento anterior. Daí porque, no segundo pro cesso, com novos figurantes, estar-se-ia a desenvolver a mesma ação.

Ora, no segundo processo, nem sob o ponto de vista do direito processual, e muito menos em relação ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda. Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declarar que tal conflito é irrelevante para o direito.

E, neste caso, igualmente lhe falta a ação de direito material, ou esta seria ilegítima por falta de interesse. Não a ação processual, que jamais será ilegítima por falta de interesse.

Dizer-se, como afirmam os partidários da "teoria eclética", que a sentença que declara o autor carecedor de ação por ilegitimidade *ad causam* não decide o mérito de sua ação, é imaginar que a demanda que o autor descreve na petição inicial pudesse ter seu mérito num segundo processo e na *lide* de outrem!

Como se vê, a tentativa de LIEBMAN de afastar-se de ambas as teorias precedentes, procurando um conceito de "ação" processual que não se confundisse nem com o fenômeno estudado pela doutrina do "direito concreto de ação" e nem com o chamado "direito constitucional de petição", não teve em conta o fato de que apenas existem duas relações jurídicas, uma de direito material - conteúdo do processo - que é a lide; e a outra, relação de direito público, que se estabelece entre as partes e o Estado, como manifestação da pretensão destas a que ele preste jurisdição. Como o autor terá direito à tutela jurídica estatal sempre; e, tendo razão, terá igualmente direito contra o réu, por serem, neste caso, duas as relações jurídicas de que nascem direitos subjetivos, duas haverão de ser as ações: a ação de direito material e a ação processual. Não pode haver terceira categoria, que não se confunda com o fenômeno já identificado pelos "concretistas" e, simultaneamente, não seja também a ação abstrata indicada pela teoria pura do "direito abstrato de ação".⁷²

72- Ovídio A. Baptista da SILVA. *Curso de Processo Civil*. 4^a ed. São Paulo: RT, 1998. v. 1, p. 107.

Qual seria, então, a utilidade da técnica das condições da ação?

Para Dinamarco, seria por razões éticas e econômicas: "é inconveniente ao Estado e à sociedade o dispêndio de recursos financeiros, perda de tempo e assoberbamento dos órgãos judiciários em detrimento do serviço, sem qualquer expectativa de um resultado prático que o justifique."⁷³

Esclarece-se que "tais óbices não comprometem o sistema e são, muito antes disso, garantia de seriedade e racionalidade com que o Estado exerce sua função pacificadora institucionalizada, mediante regras que no fim das contas constituem penhor de segurança e tranqüilidade para todos os sujeitos."⁷⁴

Ora, se foi por este aspecto, o que é muito justo, por que não conferir a eficácia de coisa julgada material, impossibilitando ao autor o ingresso posterior de ação idêntica, conforme previsto no art. 268 do CPC, ocasionando o eterno ônus de o demandado apresentar defesa em todas as ações ajuizadas pelo demandante?

Sobre este aspecto, comenta José Roberto dos Santos Bedaque:

... se desde logo se verifica que o demandante não poderá obter a tutela jurisdicional do Estado, não há motivo para o prosseguimento daquele processo. Admite-se, então, seja ele extinto de plano. Poupa-se tempo e dinheiro, além de possibilitar que o juiz passe a cuidar de casos onde sua atividade se mostre útil.⁷⁵

Neste prisma, por razões de economia e utilidade, é necessário que o juiz tenha mecanismos de evitar que pedidos totalmente infundados sejam submetidos à instrução probatória e ao julgamento do mérito.

No entanto, o que realmente tem relevância é identificar a força da coisa julgada na sentença proferida em caso de carência de ação.

73- Cândido Rangel DINAMARCO. Ob. cit. p. 313.

74- José Roberto dos Santos BEDAQUE. Ob. cit., p. 84.

75- *Idem*, ibidem, p.72.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, a análise superficial feita pelo magistrado (cognição sumária) deve obstar a coisa julgada material:

Talvez não seja aconselhável essa imutabilidade projetar-se para fora do processo, no plano substancial, exatamente em razão da natureza da cognição sumária feita pelo juiz. O exame das circunstâncias inerentes à relação material, pelo qual verifica-se a ausência de uma das condições da ação, é sumário. Seria temeroso atribuir a esses efeitos a qualidade de imutáveis.⁷⁶

Vertendo-se o assunto à cognição judicial, mister se faz destacar o pensamento de Kazuo Watanabe, principal responsável pelo seu desenvolvimento e aprofundamento na doutrina pátria, onde este a define como sendo um ato de inteligência do juiz, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, como alicerce para a fundamentação do *iudicium*.⁷⁷

A doutrina ensina que a cognição judicial tem por objeto um trinômio de questões, constituída por questões processuais (regularidade do processo), condições da ação e mérito.⁷⁸

A cognição pode ser analisada sob dois planos distintos, cada qual representado por um grau de intensidade vertical ou de amplitude horizontal, obedecendo às peculiaridades de direito material a ser tutelado. A cognição no plano horizontal se refere à extensão em que as questões podem ser conhecidas dentro de um determinado processo pelo juiz, sendo esta limitação disciplinada por lei; neste sentido a cognição pode ser plena (ilimitada) ou parcial (limitada)⁷⁹. Já as do plano vertical, liga-se à profundidade de conhecimento que é facultada ao juiz em rela-

76- *Idem*, ibidem, p. 84.

77- Kazuo WATANABE. Ob. cit., p.41.

78- *Idem*, ibidem. p.41.

79- Tendo a cognição sido realizada sobre todas as questões cognoscíveis, assim como as compreendidas por todo o material fático e de direito, diz-se que ela é horizontalmente plena ou ilimitada. Todavia, na hipótese de ser eliminada da cognição uma certa área dessas questões, ela é horizontalmente parcial ou limitada.

ção às questões admitidas naquele primeiro plano, nesta ótica, cognição apresenta-se de forma

exauriente, onde há uma ampla e completa dilação probatória, e sumária ou ainda superficial, que são próprias de um juízo de probabilidade, onde a cognição é incompleta, sendo a primeira mais aprofundada ou em maior intensidade que esta última. Como este tema não faz parte do objeto em estudo, dispensa-se maior minúcia na exposição de suas espécies.

Ultrapassada a noção supra, destaca-se que a cognição sumária feita pelo juiz ao analisar as condições da ação não deve ser óbice ao reconhecimento da coisa julgada material, tal como acontece com os casos de prescrição e decadência. Além disso, há situações em que somente após ampla instrução percebe-se que o autor é carecedor de ação. Ora, para que movimentar toda a máquina estatal, se a sentença a ser proferida pelo magistrado não é imutável? Ou deveríamos atribuir eficácia de coisa julgada apenas àquela decisão proferida após cognição exauriente? Entendo que não, pois seria atribuir dois pesos e duas medidas às mesmas situações (distintas somente pela espécie de cognição).

Assim, a par da cognição sumária feita pelo magistrado quando indefere de plano a inicial por ausência de uma das condições da ação, deve-lhe ser conferida a eficácia de coisa julgada material.

3.3. Do exame do art. 268 do CPC

Para os doutrinadores que seguem a teoria de Liebman, e que consideram a ação como um direito ao provimento sobre o mérito, uma vez extinto o processo por carência de ação, o autor poderá intentá-la novamente.

No entanto, deve-se indagar qual o verdadeiro sentido da disposição contida no art. 268 do CPC, que permite ao autor ajuizar novamente a mesma demanda anteriormente julgada carecedora de ação.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 103584/SP (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ: 13/08/2001, p. 159), firmou o entendimento de que se o autor se limita a propor ação idêntica àquela na qual foi julgado carecedor, estará ofendendo a coisa julgada. Vale transcrever o julgado:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO. AÇÃO IDÊNTICA. INVIALIDADE. ART. 268, CPC. EXEGESE. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - A extinção do processo por descabimento da ação civil pública, na espécie, por falta de condição da ação, obsta a que o autor intente de novo a ação. II - Segundo boa doutrina, se o autor se limita a repropor ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada, dado que, consoante comanda o art. 471, CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas.

Neste julgamento, houve transcrição do voto do Relator do Recurso Especial n. 191.934, Min. Barros Monteiro, segundo o qual:

... a entender-se de modo contrário, poderia o autor repetir a mesma ação quantas vezes quisesse, até encontrar, quiçá, um Juízo que viesse admitir a viabilidade do remédio judicial eleito. Escorreita, pois, a asserção do v. julgado no sentido de que poderá o autor intentar outra demanda semelhante, desde que corrigido o defeito que acarretou a extinção anômala da lide anterior.

O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no mesmo recurso, transcreveu o enfoque dado pelo Prof. Humberto Theodoro Júnior:

É comum afirmar-se que a extinção do processo por falta de condição da ação (CPC, art. 267, VI) não faz coisa julgada, porque a lei prevê que, em tal caso, não há óbice "a que o autor intente de novo a ação" (CPC, art. 268).

Acontece que o art. 268 engloba todas as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito e diante da variedade das previsões do art. 267, haverá o intérprete de analisar, caso a caso, para aferir em que situação e em que termos poderá se dar o novo ajuizamento da ação frustrada.

No tocante à desistência ou abandono do processo, por exemplo, não há embaraço algum a que no novo processo se repita exatamente a ação anterior, mantendo-se a mesmeidade de pedido, de causa de pedir, e de partes. Já quando se tratar de falta de pressuposto processual ou de condição da ação, o autor somente será admitido em juízo, para repropor a demanda, se superar o defeito registrado no processo extinto. Vale dizer: o novo processo terá de se formar com a comprovação do suprimento do pressuposto faltante, ou com o atendimento da condição ausente no primeiro feito. Exemplo: a extinção primeira se deu porque a parte não se fizera representar por advogado legalmente habilitado ou porque não apresentou a indispensável anuência do cônjuge. É claro que a renovação da causa somente será viável com a produção do instrumento de mandado *ad judicia* ou com a exibição da vênia conjugal.

A situação será, ainda mais evidente, quando se tratar das condições de legitimidade *ad causam* e de possibilidade jurídica do pedido, já que ao tratar delas a sentença extintiva terá penetrado, embora vestibularmente, no terreno do mérito.

Na verdade, o juiz somente pode se pronunciar sobre qualquer das condições da ação fazendo alguma espécie de análise sobre o direito material subjetivo invocado pela parte para pretender a tutela jurisdicional.

Conforme Theotonio Negrão, em comentários ao art. 268 do CPC, há outras hipóteses em que não poderá ser reproposta a mesma ação, ressaltando, dentre estas, que:

... se a extinção do processo se fundar em impossibilidade jurídica do pedido, poderá ser proposta outra ação, porém não a mesma; se a ilegitimidade de parte for ativa ou se faltar interesse processual ao autor, não poderá propor nova ação. O que o texto permite, portanto, é a intenção de nova ou outra ação, e não a intenção de novo da mesma ação (RTJ 111/782).⁸⁰

80- Theotonio NEGRÃO. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 31^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 332.

E, como síntese, aduziu o conceituado jurista mineiro:

A extinção de um processo por falta de condição da ação atinge, em parte, o mérito a causa, implicando rejeição da pretensão material formulada pelo autor contra o réu, nos termos em que foi posta na inicial. Nos limites do pronunciamento extintivo do processo, a sentença de carência de ação deve ser tida como trânsito em julgado. Se a lide não foi apreciada por inteiro, o foi pelo menos em parte. Daí que o autor pode voltar a deduzi-la em juízo, em outro processo, mas somente naquilo que não foi apreciado na sentença anterior. O que foi causador da carência de ação é matéria já definitivamente julgada. A nova ação, destarte, não pode ser repetição pura e simples da primeira. Tem de ser aviada de modo a contornar a ilegitimidade de parte ou a impossibilidade jurídica já assentada.

Se o autor limita-se a repropor a ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada. Não importa que se tenha tal sentença como apenas terminativa, pois o certo é que, qualquer que seja a natureza do julgamento, "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas" (CPC, art. 471).⁸¹

Portanto, a nova ação que será proposta, adequando-se às condições da ação, não se identificará com a anterior, seja em relação aos sujeitos de ambas (legitimidade), ou aos fundamentos jurídicos (possibilidade jurídica do pedido) ou ao interesse processual, concluindo-se que não se trata da mesma ação, podendo ser semelhante em algum aspecto com a anterior, mas não em todos.

CONCLUSÃO

Como vimos, o conceito de ação é um dos mais controvertidos. Das várias teorias que concebem a ação como um direito autônomo, destacam-se, de um lado, as que lhe atribuem caráter concreto, porque a definem

como o direito a conseguir uma sentença favorável, e as que lhe atribuem caráter abstrato, porque a definem como o direito de provocar a atividade dos órgãos jurisdicionais e de conseguir uma decisão qualquer, sem nenhuma condição prévia, subjetiva ou objetiva. Entre essas duas correntes surgiu uma posição intermédia, construída pelo grande processualista Enrico Tullio Liebman, denominada "eclética", concebendo a ação como o direito de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide.

Esta teoria, muito embora haja grande aceitação na doutrina brasileira e no próprio Código de Processo Civil, não pode ser acolhida integralmente, porque identifica lide e mérito como institutos idênticos, tanto que o nosso CPC emprega estes vocábulos como sinônimos, além de condicionar o exercício da jurisdição ao julgamento do mérito, de modo que a sentença que julgue extinto o processo por carência de ação não constitui ato jurisdicional, além de, porém, a verdadeira essência da função jurisdicional não é o pronunciamento da sentença que compõe o litígio, mas sim a realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização.

É muito importante que se estabeleçam distinções entre a ação de direito material e a ação de direito processual, sem, no entanto, nos esquecermos da evidente relação de interdependência entre ambas. Hoje não pairam dúvidas acerca da autonomia e independência do processo, debatendo-se apenas a respeito de sua efetividade. O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelas partes, o que somente pode ser obtido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material.

Nesse contexto, o direito de ação processual não pode ser condicionado a um provimento de mérito, tal como sugerido pela Teoria Eclética, nem a elementos que hão de ser verificados no direito material. Desta conclusão resulta a impropriedade das chamadas "condições da ação", cuja aferição efetiva e real implica, forçosamente, o exame de questões que se encontram no âmbito do direito material posta à apreciação do juiz e, por via de consequência, importa em julgamento do mérito.

Assim, ao considerarmos que a jurisdição é prestada sempre que houver exercício de pretensão à tutela jurídica processual, chegamos à conclusão de que o julgamento de carência de ação (art. 267, VI, do CPC) constituirá sempre uma das formas de resposta que o Estado dá ao autor, declarando-o sem pretensão de direito material e, portanto, com julgamento do mérito, significando que aquele que carece de ação carece de pretensão de direito material. Significa igualmente que nunca haverá carência de ação, enquanto exercício de pretensão de tutela jurídica processual. O que a parte pode carecer é de ação de direito material, precisamente por lhe faltar a respectiva pretensão, ou o direito subjetivo de que eventualmente nasça a pretensão.

Deste modo, as condições da ação não devem ser erigidas a uma terceira categoria processual, porque ou dizem respeito ao mérito ou, quando muito, seria pressuposto processual (no que é pertinente ao interesse de agir). A extinção do processo sem julgamento de mérito somente ocorrerá nos casos em que a respectiva sentença se limitar a examinar elementos da relação jurídica processual.

Há quem reconheça que embora seja questão de mérito, a análise das condições da ação não ensejaria eficácia de coisa julgada material, porque seria reconhecida através de cognição sumária do magistrado. No entanto, entendo que não é o tipo de cognição que deva definir a natureza da sentença, e sim o conteúdo da decisão. Se mesmo em análise superficial ficou demonstrado que o magistrado analisou aspectos inerentes ao direito material, é de ser-lhe conferida a imutabilidade da decisão, tal como acontece com os institutos da prescrição e da decadência. A questão parece mais segura, ainda, quando a análise destas condições ocorrer após regular instrução do feito.

De observar que a imutabilidade do julgado não impediria que o autor ajuizasse outra ação, desde que preenchida a lacuna da anterior, conforme expressamente previsto pelo art. 268 do CPC. Esta é a interpretação que deve ser dada a este dispositivo, e não permitir-se que o autor ingresse

novamente com a mesma ação (entendida esta como identidade de partes, de pedido e de causa de pedir).

Em resumo: não há que se falar em carência do exercício do direito de ação; as chamadas condições da ação devem importar em julgamento do mérito, conferindo a esta decisão a eficácia de coisa julgada material, permitindo-se ao autor renovar o pedido, desde que sanado o defeito surgido no processo anterior.

A partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, com a finalidade de adequá-los a essa nova visão e, assim, alcançar a sua tão almejada efetividade.

Espero, com este trabalho, ter contribuído de alguma forma para a revisão do conceito de ação e de suas condições, de modo a favorecer os resultados pretendidos com o processo jurisdicional, que é de servir de instrumento à efetiva realização de direitos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. v. 1.
- 2.ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- 3.ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II.
- 4.BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil. 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.
- 5._____.Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.
- 6.BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2^a. ed. Direito e Processo. São Paulo: Malheiros, 2001.
- 7._____. Causa de pedir no processo civil (questões polêmicas). São Paulo: RT, 2002.
- 8.BOBbio, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico.[Trad. Maria Celeste C. J. Santos] 10^a. .ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília,1997.
- 9.CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil. [Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri]. Campinas: Bookseller, 1999. v. I.
10. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 6^a. . ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. I.
- 11.CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 1998. v. I.
- 12.COUTURE, Eduardo J. Interpretação das Leis Processuais. [Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano]. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- 13.DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II.
- 14._____.A instrumentalidade do processo. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- 15.GOMES, Fábio. Carência de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- 16._____.Comentários ao Código de Processo Civil, vol, 3: do processo de conhecimento, arts. 243 a 269. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 17.GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

- 18.GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo, 12^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 19.LEITE, Rodrigo da Cunha. Condições da Ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 20.LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, [Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco]. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v.1.
- 21.LIMA, Teófilo Lourenço de. Manual Básico para Elaboração de Monografia. 3^a. ed. atual. Canoas: Ed. Ulbra, 2002.
- 22.MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 23.MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1986. v. I.
- 24.MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil: tomo I: arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- 25.MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito, Revista de Processo, vol. 93, página 371 e seguintes.
- 26.MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. [introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota]. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- 27.NEGRÃO. Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 31^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- 28.NEVES, Celso. Estrutura Fundamental do Processo Civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- 29.SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 19^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.
- 30.SLAIBI FILHO, Nagib. Sentença Cível (fundamentos e técnica). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- 31.THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 17^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I.
- 32.WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

O ALCANCE DA COISA JULGADA

Clemenceau Pedrosa Maia

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça
do Estado de Rondônia

INTRODUÇÃO

Ocorrendo conflito de interesses surge para o prejudicado o direito de exigir do Estado o restabelecimento da relação jurídica ameaçada ou violada, vale dizer, o direito de exigir a prestação jurisdicional, fazendo atuar a vontade da lei. Esse direito subjetivo, de caráter público, é o direito de ação.

A ação provoca a tutela jurisdicional do Estado quanto a uma prestação e essa tutela se exprime por uma providência jurisdicional.

Consoante o art. 468 do Código de Processo Civil, a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da *lide* e das questões decididas.

A coisa julgada alcança a parte dispositiva da sentença ou acórdão e ainda o fato constitutivo do pedido (*a causa petendi*).

Por outro lado, dispõe o art. 474 do mencionado Diploma Legal que "passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como da rejeição do pedido".

Assim, indubidoso que nenhuma alegação ou defesa pode, após a coisa julgada, ser levantada contra a sentença, visando alterar o resultado da lide composta em juízo.

Questão que tem suscitado grandes discussões na doutrina é a concernente ao alcance da coisa julgada.

José Frederico Marques doutrina com propriedade sobre o assunto: "O Juiz somente pode decidir a lide nos limites em que foi proposta" (CPC, art. 128).

E proferida a decisão, a questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada (CPC, art. 469, inc. III).

Todavia, essa questão prejudicial, ou relação jurídica, pode ser controvertida, dando margem a discussões entre as partes. É o que pode ocorrer quanto à propriedade, em ação em que se pede o resarcimento por dano causado à coisa, ou a qualidade de herdeiro no que tange à determinada ação proposta pelo sucessor do titular de um crédito, e assim por diante.

Em tais casos, admitido será a qualquer parte pedir que se decida sobre a relação jurídica, ou questão prejudicial, tudo consoante o disposto no art. 5º do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Se no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência depender o julgamento da *lide*, qualquer das partes poderá requerer que o Juiz a declare por sentença."

Chiovenda restringiu a autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença de mérito, que é precisamente aquele em que o Juiz entrega a prestação jurisdicional que lhe foi pleiteada, através de uma decisão de admissibilidade à pretensão do autor ou de sua rejeição.

O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 287, parágrafo único, entendia que as questões prejudiciais constituindo premissas necessárias da sentença eram decididas por ela, por influírem na sua conclusão, pelo que integravam a coisa julgada.

Assim sendo, não só os motivos mas também as questões prejudiciais que constituíam premissas necessárias da parte dispositiva da sentença, formavam, junto com o acolhimento ou a rejeição do pedido, a coisa julgada.

O vigente Código Processual Civil disciplinou de vez a matéria estatuindo em seu art. 467, *verbis*:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

E, logo a seguir, passa a discriminar a extensão objetiva da coisa julgada, ao dispor no art. 468:

Art. 468. A sentença que julgar total ou parcialmente a *lide*, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Finalmente, consoante o art. 469 do mencionado diploma legal, não fazem coisa julgada:

- I. os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II. a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III. a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Na verdade, deve-se distinguir conhecimento e julgamento da lide.

O Juiz, para o seu convencimento, rationa diante das teses esposadas pelos litigantes.

O julgador, porém, enquanto rationa não expressa a vontade da lei. Após formar o seu convencimento, na parte dispositiva, o Juiz aplica a lei ao caso concreto, formulando a vontade da lei.

Inquestionável, pois, que os motivos do convencimento do Juiz e as questões prejudiciais resolvidas incidentalmente, no processo de cognição, não fazem coisa julgada, uma vez que tais questões não tinham sido objeto da ação, vale dizer, não constavam do pedido exordial.

Vejamos um exame ilustrativo da questão enfocada:

João, possuidor de uma gleba de terras, ajuizou uma ação de manutenção de posse contra Pedro, proprietário de uma imobiliária, em virtude desta haver turbado sua pose sobre a gleba.

Pedro, ao contestar a ação, juntou provas da imprestabilidade dos títulos de João, demonstrando, ao contrário, que ele, autor, é que possuía legítimos títulos de propriedade sobre a gleba.

Nesse caso, quanto aos litigantes disputam a posse a título de proprietários, admite-se a discussão sobre domínio nas ações possessórias, pelo que o Juiz julgou a ação procedente, decisão confirmada em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça.

Como a questão do domínio, apreciada na demanda e decidida de modo incidentalmente não faz coisa julgada e, considerando que a sentença tratou da referida questão apenas na parte da motivação de tal modo que ela não integra, tecnicamente, a parte dispositiva, a ré propõe contra o autor da ação possessória, uma ação de reivindicação daquela mesma área, como fim de discutir novamente a questão do domínio. A pergunta que surge é a seguinte: o possuidor deve arguir, como preliminar da sua contestação, a coisa julgada (art. 301, inc. V), para que o Juiz encerre o processo sem discutir o mérito? Ou melhor dizendo: a autoridade da coisa julgada é extensiva aos motivos da sentença?

Considerando que a questão do domínio ficou decidida incidentalmente no processo anterior sem força de coisa julgada e levando em consideração que o Código expressamente determina que os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada (art. 469, inc. I), a conclusão só pode ser uma: a preliminar argüida da coisa julgada não será acatada, porque os motivos, os fatos e os argumentos jurídicos em que o Juiz se baseou para chegar à conclusão da sentença não são cobertos pela autoridade da coisa julgada, podendo a parte vencida reabrir discussão em torno do referido assunto.

A FIANÇA LOCATÍCIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Maria Cristina Zainaghi

Advogada e Mestrada em Direito Processual Civil

1. Introdução

O presente estudo pretende, em breves palavras, trazer o debate sobre as alterações advindas do

Código Civil, e sua influencia dentre da dogmática da Lei de Locação.

Em nosso país, em face das modificações econômicas, foi necessário, que se passasse a legislar através de legislação esparsa sobre a locação imobiliária.

Assim após diversas leis, hoje vige a Lei n. 8.245/91, que unificou a locação residencial, não comercial e comercial.

Hoje a lei esparsa rege a matéria, mas alguns questionamentos da matéria encontram amparo na codificação geral.

2. O Instituto da fiança. Considerações gerais e comparação da legislação anterior e da presente

A Lei n. 8.245/91 prevê, em seu art. 37, que o contrato de locação se permite as seguintes garantias: caução; fiança e seguro de fiança locatícia.

A nós agora interessa o instituto da fiança, cuja previsão legal antes inserta nos arts. 1481 até 1504, está agora prevista nos arts. 818 a 839.

Primeiramente o art. 818 alterado passou a ter uma redação mais direta, porém sem mudança de conteúdo.

O art. 820 teve o acréscimo da possibilidade da fiança ser prestada mesmo contra a vontade do devedor; no parágrafo único do art. 824, estabelece que não se admitirá nos contratos de mútuo feito por menor, a exceção prevista no *caput* que admite a fiança concedida em contrato nulo, devido à incapacidade pessoal do devedor. Anteriormente o parágrafo se reportava ao art. 1259.

Os arts. 827, 834, 837, 838 e 839, anteriormente 1491, 1498, 1502, 1503 e 1504, respectivamente, sofreram alterações apenas no tocante à redação que suprimiu a remissão dos artigos.

Derradeiramente outra alteração deu-se no art. 835, antes 1500, que passou a admitir a exoneração do fiador por de mera notificação, hipótese em que o fiador ficaria responsável pelo período de 60 dias após a notificação.

3. A fiança no direito estrangeiro

Chegamos então ao ponto crucial e importante, mas que exigirá algumas considerações sobre o próprio instituto da fiança.

O instituto da fiança se encontra na legislação estrangeira no art. 446 do Código Japonês, inicia a seção da fiança com a explicação do instituto, no qual o fiador está obrigado a cumprir, pelo devedor principal quando este não o paga.^{1 2}

Assim a fiança é a garantia que consiste em, a par do devedor, surgir um outro sujeito que garante a satisfação do direito de crédito ficando pessoalmente obrigado perante o credor (art. 627 - I)³

Sua origem é antiga tanto que Clóvis Bevilaqua ao estudá-la cita um exemplo onde *Hephaisto* surpreendeu *Aphodite* em flagrante delito de adultério com Arés. Os deuses decidem que este purgara sua falta, pagando indenização habitual, mas *Hephaisto* não se que contenta com a promessa do culpado, com receio de que ele se desprenda de sua palavra, porque nem havia muita confiança em boa-fé entre as partes, nem merece confiança quem acaba de abusar dela, muito embora seja imortal e divino aquele que se vincula por obrigação. *Poseidon*, em tal emergência, se compromete a cumprir o devido, no caso de Arés recusar-se a isso⁴.

1 - O Código Japonês, adota a mesma idéia do Ccesp., que no art. 1822, *caput*, prevê que pela fiança se obriga um a pagar ou cumprir por um terceiro, no caso deste não fazer.

2 - CCColombiano _ art. 2361 _ A fiança é uma obrigação acessória, em virtude da qual uma ou mais pessoas respondem pela obrigação alheia, comprometendo-se para com o credor a cumprir no todo ou em parte, se o devedor principal não cumprir.

A fiança pode constituir-se não somente para o devedor principal, mas também para outro fiador.

3 - Cof. J. Dias Marques. *Noções Elementares de Direito Civil*. 5ª edição. Centro de Estudos de Direito Civil da Universidade de Lisboa. Lisboa/Portugal. 1973. p. 196.

4 - Cf. Clovis Beviláqua. 1982. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio.

3.1 _ Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica do contrato que estabelece a fiança, podemos dizer que é a mesma:

- a) unilateral, porque obriga apenas uma parte em favor de outra. Poder-se-ia conceituar o contrato de fiança como bilateral imperfeito, já que, se o fiador pagar, ele se sub-rogará no crédito;
- b) gratuita, já que sua concessão não remunera a concessão do fiador;
- c) acessório, pois a fiança está sempre atrelada a outro contrato.⁵

Podemos ainda asseverar que outra característica da fiança diz respeito ao fato de esta sempre se dar através de contrato escrito, cuja natureza é pessoal, pois quem a concede é uma pessoa.⁶

3.2 . Os sujeitos da fiança

Necessário se faz, agora, analisar os sujeitos que farão parte do contrato de fiança. Assim "geralmente o credor (da obrigação principal) e o fiador; não sendo necessária a intervenção ou o consentimento do devedor, e nem mesmo seu conhecimento da fiança".⁷

4. A exoneração do art. 835 do Código Civil

Feita essa digressão para entendimento do instituto, podemos analisar a alteração introduzida pelo art. 835, que prevê a exoneração do fiador, depois de vencido o prazo inicial do contrato, apenas notificando o credor, permanecendo responsável pelo período de 60 (sessenta) dias, sob duas óticas diferentes, ou seja, verificando a legalidade da exoneração quando já vencido o contrato, se de outra forma se estabeleceu no contrato e; se a exoneração prevista hoje no art. 835, que repete quanto ao direito material o disposto no art. 1500; é possível, quando, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, houve no contrato de locação renúncia ao disposto neste artigo.

5 - Cf. Maria Cristina Zainaghi. 2000. *Ação de despejo _ legitimidade e questões controvertidas*. São Paulo: Editora Ltr. p. 78.

6 - Cf. Maria Cristina Zainaghi. Op. Cit. P. 78.

7 - Cf. Manuel Albadejo Garcia. 1961. *Instituciones de derecho civil*. Publicação do Real colegio de Espanha: Bolonia/Espanha.

4.1. Legalidade da exoneração depois de vencido o contrato.

O primeiro questionamento, quer nos parece, já resta solucionado, pois em havendo, no contrato, estipulação diversa a mesma deve ser acatada, pois, como já vimos, trata-se a fiança de uma garantia cuja natureza acessória, é inquestionável, portanto a mesma persiste enquanto durar o contrato, principalmente porque há muito se tem ensinado que a obrigação do fiador perdurará até a efetiva entrega das chaves, pois a quase totalidade dos contratos de locação assim estabelecem.

"No instituto da prorrogação, a regra é que a garantias prestadas pelo locatário continuam; quanto as garantias prestadas por terceiros, o que decide é a convenção com esse "Se a fiança diz: "até a

"entrega das chaves", sem aludir ao tempo do contrato, - persiste com a prorrogação.⁸

A respeito, parece não divergir os tribunais⁹, que ao apreciar a questão, devem verificar não só o disposto pelas partes quanto à responsabilidade, mas também ao estabelecido, quanto à renúncia ao direito de exonerar-se da fiança.

Ao admitirmos a responsabilidade conforme o disposto no contrato, se está corroborando para a segurança jurídica, e respeitando o disposto no princípio da *pacta sunt servanda*.

4.2 _ A exoneração após renúncia ao art. 1500.

Derradeiramente, o ponto crucial é a renúncia expressa ao art. 1500 do Código Civil que, em termos de direito material, é repetido pelo art. 835 do mesmo diploma.

8 - Cf. Pontes de Miranda. 1952. Locação de imóveis e prorrogação.

9 - Locação - Fiança - Exoneração - Contrato prorrogado - Responsabilidade até a entrega das chaves - Inadmissibilidade.

Os fiadores que assinaram compromisso para vigorar até a entrega das chaves, em face da atual lei que determina a prorrogação compulsória das locações, não podem exonerar-se unilateralmente do encargo findo o prazo convencionado.

Ap. c/ rev. 254.744 - 5ª Câm. - Rel. Juiz Sebastião Amorim - j. 13.02.90.

Fiança - Locação - Contrato prorrogado - Subsistência da garantia - Admissibilidade.

Com a prorrogação da locação por prazo indeterminado, subsiste a responsabilidade dos fiadores em virtude de obrigação contratual assumida que prevê a extensão do encargo até a entrega das chaves.

Ap. 308.030 - 3ª Câm. - Rel. Juiz Oswaldo Breviglieri - j. 11.02.92.

O disposto neste artigo não é albergado em outros ordenamentos como, por exemplo, o Espanhol ou Colombiano.

Discutindo-se a matéria, sem adentrarmos, ainda, ao problema da modificação legislativa em outra oportunidade já havia informado que se admite a renúncia, pode ser ilustrada com as palavras de Gildo dos Santos¹⁰, para quem a renúncia se "insere no âmbito de disponibilidade dos direitos do fiador." É a mesma idéia que defende Sylvio Capanema de Souza¹¹.

Sendo a fiança instituto privado, não se pode falar da ilegalidade da renúncia, pois a mesma é possível de ser efetuada por convenção das partes.

Todavia, atualmente, surge o problema da renúncia ter se dado no art. 1500 e não no art. 835 do CC. Cabe aqui uma digressão a respeito do ato jurídico perfeito.

O ato jurídico perfeito é o ato já consumado, praticado em consonância com a lei vigente ao tempo em que se efetuou (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 3º)¹². Ou ainda:

... Estas definições são suficientemente claras e precisam o que se deve entender pela retroatividade das leis. Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas como, no ato jurídico e na coisa julgada, apresentam-se momentos distintos, aspectos particulares do diretor adquirido, foi de vantagem, para esclarecimento da doutrina, que se destacassem esses casos particulares e deles se desse à justa noção.¹³

Dentro desse contexto podemos dizer que se o fiador renunciou ao art. 1500, ele não poderá se valer do previsto no art. 835, pois se trata de direito já renunciado; e admitir-se a renúncia é ferir ao ato jurídico

10- Cf. Gildo dos Santos, 1998, Locação e despejo - comentários à lei 8245/91. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. (3^a ed.). p. 174.

11- Cf. Sylvo Capanema de Souza, 1999. Da locação do imóvel urbano - Direito e processo. Rio de Janeiro: Forense. (1^a ed.), p. 252.

12- Cf. Goffredo Telles Junior. 2001. Iniciação na ciência do direito. São Paulo: Editora Saraiva.

13- Cf. Clóvis Bevilaqua. 1946. Teoria geral do direito civil. 3^a edição.

RJ/SP: Livraria Francisco Alves.

perfeito, pois o contrato está vigendo, provocando seus efeitos no ordenamento. Não raciocinar dessa forma é se permitir ferir o ato jurídico perfeito e ainda criar uma insegurança jurídica, que poderia provocar efeitos danosos a todos que estivessem sob a égide dessa relação.

5. Conclusão

Feita toda essa análise, podemos concluir que em tendo as partes avençado que a fiança era irrenunciável, o fiador que garante o pagamento assume a mesma até a efetiva entrega das chaves, se outro não tiver sido o fator de termo.

Portanto, a renúncia ao art. 835 (ant. 1500) do Código Civil é passível, por se tratar de um direito real, não se podendo admitir que o doutrinador ou a jurisprudência passem a interpretar de forma mais ampla do que aquela prevista pelo legislador.

A admissão da renúncia, bem como ao admitir-se que o fiador, tem discricionariedade para estipular o termo da fiança, é assegurar a segurança jurídica do ordenamento pátrio e analisar e interpretar o direito sob a ótica da razoabilidade e efetividade dos dispositivos normativos.

O JUIZ E O PROCESSO

Élio Figueiredo

Juiz de Direito Aposentado do Estado de Rondônia

I. Introdução ao Tema

O presente trabalho tem escopo precípua mente didático e, nele, pretendemos tratar o tema por uma visão pessoal, crítica e, ao mesmo tempo, apresentando algumas idéias, visando ampliar seu debate, em prol de uma melhor distribuição da Justiça.

A finalidade última do Poder Judiciário é, em suma, buscar atingir a tranquilidade social, para que, com o equilíbrio resultante de uma atuação constante e efetiva, se busque alcançar o progresso da Nação como um todo.

Dentre os múltiplos aspectos que se apresenta para que o Poder Judiciário possa, com efetividade e alcance, distribuir a Justiça, a fim de que permaneça o corpo social equilibrado, encontra-se a figura do juiz, como um dos pilares mestres onde se assenta o edifício visado pela construção social.

Outro dos aspectos fundamentais em que se apóia o Poder Judiciário para sua finalidade mor, é o processo, ou seja, o instrumento de que se vale para completar essa mesma construção, cujo artífice é, indubitavelmente, o juiz.

Assim, passaremos, a seguir, à análise de cada um deles e ambos em conjunto, além de tentar levar para o futuro a projeção do problema, para que a finalidade social seja atingida.

II. O Juiz

Primeiramente, mister se faz analisar-se a figura e a pessoa do juiz, órgão do Poder Judiciário incumbido de promover, fiscalizar e presidir o andamento do processo.

No passado, o magistrado cingia-se como mero funcionário do monarca, única e exclusivamente, a aplicar a lei, interpretando-a literalmente, sendo vedada a utilização da hermenêutica que, então, era vista como uma afronta ao poder central, todo enfeixado nas mãos do rei.

Na evolução do mundo, com o surgimento da burguesia, o advento da Reforma e o início da Revolução Industrial, esse *status quo* foi, paulatinamente, se modificando e, em fins do século XVIII começaram a ser acatadas as interpretações da lei segundo as normas gerais de direito, ampliando-se, destarte, o estudo e a aplicação da filosofia do direito e, principalmente, da hermenêutica.

Evidentemente, não havia um Poder Judiciário na forma que hoje se lhe empresta, pois, não existia o sentido de corporação autônoma e independente, mas, sim, o que havia era uma relação de subserviência à vontade do soberano.

Atualmente, o Poder Judiciário perdeu essa relação de inferioridade hierárquica que havia anteriormente, colocando-se lado a lado com os demais poderes do Estado, tendo como função primordial complementar o trabalho da Administração Pública, agindo na interpretação e na imposição da lei, que é elaborada pelo Poder Legislativo, regulamentada e executada pelo Poder Executivo.

O juiz, como órgão componente do Poder Judiciário _ podemos dizer, até, sua viga mestra _ deve estar atento, tanto à elaboração, quanto à sua execução, bem como, e principalmente, às transformações sociais que, diuturnamente, ocorrem na sociedade moderna, acompanhando, com olhos de cientista social, as mutações do mundo e da política, pois, os dados da política acompanham necessariamente as transformações do Estado, com influência no processo da interpretação e aplicação das leis¹.

Assim, o magistrado não pode fugir à sua responsabilidade política de interpretar a lei vigente, segundo o caso que tem sob sua tutela, atendendo ao que se vive naquele momento e naquele lugar, mantendo, todavia, coerência em suas decisões, para não gerar insatisfação em seus jurisdicionados, o que poderá causar a insegurança social.

A ordem jurídica assenta na segurança, da qual o juiz é o guardião mais atento².

A segurança social nada mais é que o resultado do equilíbrio entre os poderes que governam a nação, pois, quando um deles desvirtua

1 - Tenório, Oscar, Discurso sobre a Formação Judicial do Direito, Revista Forense, 211/5.

2 - Idem, ibidem.

a interdependência, ou mesmo a independência, e impõe aos demais poderes a sua vontade, o edifício social vacila, como se seus alicerces, suas bases, estivessem em desacordo com suas especificações técnicas, ameaçando, assim, a tranquilidade social e a integridade do edifício social.

Não é a segurança o único objetivo do direito. Sustenta-se que a segurança, por si só, pode degradar o homem; é essencial, ainda, a Justiça³, sob pena de, não atingindo o Poder Judiciário o fim maior colimado _ a Justiça _ estará, também, abalando a base desse mesmo edifício social.

O juiz não pode estar, portanto, alheio ao que ocorre à sua volta, deve estar voltado para a sociedade

e o corpo político, entendendo e interpretando as ocorrências e seus mecanismos para, com atualidade, decidir as lides sob sua jurisdição.

Entretanto, não pode o juiz ultrapassar os limites do razoável, pois, a intrepidez de alguns juízes, alvoroçados como crianças com a dádiva de novos brinquedos, leva-os ao exercício de uma ginástica mental por vezes perigosa, a de transpor os limites traçados pela lei. quando o salto, ágil, felino, é dado em nome de princípios superiores que correspondem aos interesses da sociedade em constante ebuição, o juiz é um avatar⁴.

O pensamento acima traduz, com rara felicidade, qual deve ser a personalidade do juiz, quando no exercício da judicatura, uma vez que, ele deve estar imbuído de um espírito altaneiro, sobranceiro aos seus desejos íntimos, ao seu interesse particular, visando, isto sim, que a aplicação da lei ao caso concreto vá ao encontro do ideal de justiça.

Apenas à guisa de recordação, lembramos o grande passo dado por nossos tribunais pátrios, há já alguns lustros, quando os juízes, cônscios da necessidade de uma interpretação consentânea com a realidade, começaram a julgar os casos de concubinato – até então não reconhecido por nenhum julgador, vindo a culminar com a edição de Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o direito daquela que não se ligou, pelos meios legais, ao homem que amava.

As decisões que, reiteradamente, foram proferidas pelo Poder Judiciário nesse sentido, aliado à realidade do corpo social, foi editada a

3 - *Idem, ibidem.*

4 - *Idem, ibidem.*

denominada Lei dos Companheiros e outras, que se lhe seguiram, acompanhando, destarte, o legislador, a necessidade social, enxergada, antes, pelo Poder Judiciário, atento às mudanças que, diuturnamente, ocorrem na sociedade.

O magistrado é a porta de entrada para, nos casos concretos, a aplicação da Justiça, o juiz é o legislador dos casos particulares⁵.

Uma época, dizemos nós, é grande se os seus juízes, na aplicação da lei, vivendo a realidade, abrirem, com o direito, as clareiras que levam ao futuro⁶.

Realmente, o juiz tem papel preponderante na aplicação das leis, é ele, em suma, quem legisla no caso concreto, é ele quem dá o direito, quem diz a quem cabe a razão.

Porém, o juiz, para atingir a perfeição, deve dedicar-se ao estudo, à meditação, ao trabalho com afinco, buscando, cada vez mais aperfeiçoar-se, tanto no conhecimento técnico, como no conhecimento dos fatos que o cercam, analisando-os detidamente e com profundidade, a fim de bem conhecer e melhor decidir os problemas que se lhe antepõem, para que, com justiça e eqüidade, chegue a bom termo em sua missão, qual seja, a de atingir o bem comum.

Já se disse que a lógica é uma grande inimiga das decisões justas, porque a vida não cabe num sorites. E a lei não se alimenta de lógica, mas da experiência⁷.

Quanta sabedoria, quanta beleza nessas palavras, mas, por outro lado, quão difícil é o atingi-lo na vida prática, que é, em síntese, a somatória dos momentos vividos e experimentados, os quais, somados ao conhecimento técnico, ajudam-nos a decidir, de preferência, com Justiça.

Na aplicação do direito a maior dificuldade está na justa medida. Mesmo da lógica.

Por isso o juiz deve ser sempre homem dotado de um humanismo perfeito, de um realismo sem devaneios e de uma probidade absoluta⁸.

6 - Tenório, Oscar, mm. ob. e loc. cit.

7 - Nunes, Reginaldo, mm. ob. e loc. cit.

8 - Idem, ibidem.

Assim, é de importância capital a criação e o desenvolvimento de cursos e escolas regulares para o aperfeiçoamento dos magistrados, numa busca incessante de melhorar o padrão de conhecimentos e, também, os padrões de serenidade e de tranqüilidade que tanto necessitam os julgadores.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, em sua obra "A Formação e o Aperfeiçoamento dos Magistrados", publicada na Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 13, p. 125, diz, magistralmente: Sendo o direito, em última análise, uma "ordem de paz", no dizer de VON LISZT, vê-se que sobreleva de importância a função jurisdicional para o equilíbrio e a paz sociais.

Mais adiante:

Donde pode-se afirmar que o juiz ideal deva ser:

honesto e independente;

humano e compreensivo;

firme e corajoso;

sereno e dinâmico;

culto e inteligente;

justo, sobretudo.

Essa, em síntese perfeita e quase eterna, a fotografia e a radiografia do juiz ideal, tanto de hoje, quanto do futuro.

III. O Processo

O processo, para o eminente Cândido Rangel Dinamarco, é um instrumento ético, e não um fim em si mesmo, por isso, ele é o instrumento (meio) de que se vale o Estado para atingir um fim _ a prestação jurisdicional, ou a atuação da vontade da lei, no caso concreto.

O processo é o meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, isto é, para a resolução das lides e, em consequência, das pretensões⁹.

9 - Dinamarco, Cândido Rangel, conferência proferida no I Curso para Aperfeiçoamento para Juízes de Direito, EMERON, 1986.

São materiais as normas jurídicas que se voltam primordialmente para a criação de direitos e obrigações, que regulam as relações jurídicas e compõem interesses. Instrumentais são as normas que se voltam precipuamente para que outros preceitos sejam aplicados.

Como as normas do Direito Processual se dirigem à solução de conflitos de interesses, com o que levam outras regras à sua aplicação, são, sem dúvida, instrumentais¹⁰.

Em outras palavras, o processo é o instrumento do qual se serve o Estado-Juiz para 'fazer valer' as normas do direito, chamado material, é através dele que se constrói o edifício da paz social.

Processo se constitui, para Von Bülow, um conjunto de atos das partes e do juiz, sob a presidência deste que, coordenados, objetivam um fim, a prestação jurisdicional, com a aplicação da norma legal (teoria da triangulação do processo).

Para nós, o juiz é o ápice do triângulo da relação processual, dada a sua imparcialidade, que advém,

precipuamente, de sua eqüidistância das partes envolvidas.

O processo não pode ser rígido na aplicação das normas, pois deve buscar, como meio hábil e em função de sua efetividade, a distribuição da Justiça, o mais alto grau visado pelo Direito.

O escopo do processo é a pacificação com justiça e o Poder Judiciário, através de seus órgãos principais (juízes e tribunais) visa, como razão última de sua existência, a sociedade, e não o direito, porém, para que possa atingir essa sociedade, interpreta o direito com o intuito de manter a paz social, para o encontro e a manutenção da tranqüilidade necessária.

Para conseguir seu intento, o processo deve ter em mira três importantes aspectos: o político, o jurídico e o social.

No seu aspecto político, ou seja, dentro de sua área de atuação, a decisão tem de atender à forma de vida do local da lide, especialmente, buscando manter o ritmo da vida política regional, para não quebrar o seu desenvolvimento.

Em sua face jurídica, não pode o processo ou o julgador, atentar contra a legislação vigente, na conformidade com a lógica jurídica e

10- Castro, Amilcar de, Apontamentos sobre o Direito e a Justiça, RT 177/28.

os pressupostos básicos da atuação da vontade a que essa mesma lei é dirigida.

No tocante ao social, o processo, mesclando, interando os dois anteriores, deve atender, precipuamente, a tudo quanto se desenrola na vida social da comunidade em que ele está se desenvolvendo. É na visão dos fatos sociais que o processo deve ser analisado pelo juiz, para que suas decisões não se percam no vazio da impossibilidade de seu cumprimento ou, em última análise, que sua decisão não fuja da regra social, para que a convivência daquele agrupamento não anule, pela ineficácia da decisão, os efeitos desta, esvaziando seu conteúdo e impedindo sua finalidade maior _ a paz social e o bem comum através da Justiça.

Esse conjunto traz, em seu conteúdo, a efetividade do processo, ou seja, da atuação jurisdicional.

A prestação jurisdicional somente tornar-se-á efetiva a partir de uma maior facilidade de acesso à Justiça, por todas as camadas sociais, quer barateando seu custo aos menos favorecidos, quer obtendo maiores recursos, dotando-o de modernos mecanismos que o levem a aumentar a velocidade do desenvolvimento e da decisão das lides que lhe são postas para julgar.

É sempre oportuno lembrar que o Poder Judiciário, e porque não generalizar, a Justiça não é levada a sério pelas camadas mais desfavorecidas, pois, tanto pela morosidade de seu andamento, como pela sua inércia, não se desloca de seu ancoradouro, sendo esse o motivo pelo qual as camadas inferiores da sociedade não buscam o socorro do Poder Judiciário para a solução de suas lides ou, mesmo, para o cumprimento de suas obrigações legais.

Tal conceito vem sendo modificado, nos dias atuais, com algumas ações concretas de Tribunais Pátrios, que estão criando e incentivando os juizados itinerantes, afora os Juizados Especiais, criados há alguns anos, que em muito vêm contribuindo para o aperfeiçoamento da máquina judiciária, no sentido de atender à demanda.

Ainda apenas à guisa de lembrança, é de se reiterar que a tão falada assistência judiciária, além de ineficiente, é ineficaz, dado o imenso volume de trabalho, para tão parcos recursos que se lhe destinam, tornando-a, praticamente, inócuia e de uma palidez funérea, o que contribui para a lentidão do Poder Judiciário.

Aqui cabe um parêntese para mencionar que, em recente pesquisa divulgada pela imprensa, verificou-se que, nos países desenvolvidos (do chamado primeiro mundo), há cerca de um juiz para cada três mil e quinhentos habitantes, ao passo que, nos países em desenvolvimento e os emergentes, a média é de um juiz para cada sete mil habitantes; porém, no Brasil, essa média é de

um magistrado para cada catorze mil habitantes, o que demonstra a pouca importância que os administradores e legisladores pátrios dão ao Poder Judiciário, atualmente tão vilipendiado pela imprensa em geral, sofrendo, destarte, uma injustiça, contra a qual não tem como lutar, pelos motivos já sobejamente sabidos.

Por outro lado, é através do processo que a Justiça se faz presente, é ele quem materializa a Justiça.

A Justiça é o valor supremo posto em prática pelo Direito. Mas em que consiste a Justiça? Por que este ato é justo e aquele injusto? Pois não é verdade que os mesmos atos podem ser vistos como justos, e injustos, em tempos ou lugares diferentes? Que é, pois, a Justiça, se a noção do justo é, assim, variável¹¹.

À evidência, a Justiça trabalha com os conceitos de justo e injusto, mas, estes mudam na conformidade com o correr dos tempos, especialmente, no mundo atual, em que constantes, drásticas e profundas mudanças que estão, a cada instante, ocorrendo.

Estamos assistindo ao lento mas seguro declínio de uma concepção individualística do processo e da Justiça. Todos os princípios, os conceitos, a estrutura, que eram radicais naquela concepção, parecem cada vez mais insuficientes a dar uma aceitável resposta ao problema de assegurar a necessária tutela por novos interesses difusos e de grupo, tornados vitais para a sociedade moderna.

Estamos assistindo, por outro lado, à aurora, embora penosa, de um novo pluralismo, que, no lugar da superada *summa divisio* entre público e privado, traz ainda no processo forma nova e múltipla de combinação

11- Castro, Amilcar de, Variações sobre o Direito e a Justiça, Revista Forense, 177/28

e integração de iniciativas pública e privadas, tecidas à salvaguarda dos interesses meta-individuais¹².

Esse conceito acima traduz, modernamente, a nova problemática do processo, pois este instrumento que é da paz social, como um todo, deve buscar, na aplicação da lei ao caso concreto que nele se discute, atingir a sociedade como um só corpo, pois, somente assim, estará o processo atingindo sua finalidade precípua e fulcral.

Assim sendo, cremos que o processo deva ser encarado, tanto pelo julgador, como por todos que nele estão envolvidos: magistrados, juristas, promotores de justiça, advogados, inclusive, serventuários, não apenas para aquele caso concreto, mas sim _ e principalmente _ no tocante à repercussão que a decisão ou o andamento do mesmo venha a ter para todos os que compõem a sociedade onde vige a lei que está sendo interpretada.

IV. Considerações Finais

O processo visa, como vimos, fornecer a tranqüilidade das partes e, por via de consequência, da sociedade, deve servir de alavanca para o progresso, buscando com as lições do passado abrir novos caminhos para o futuro, trazendo, sempre, à baila, os exemplos da subserviência a que esteve submetido o Judiciário d'antanho, no correr de muitos séculos, para que impere, cada vez mais, o princípio da ampla liberdade do indivíduo, com a independência que deve ter o Poder Judiciário, composto por juízes combativos contra a tirania, a opressão e toda e qualquer forma de diminuição da liberdade.

Os juízes deverão estar sempre atentos para não se deixarem corromper, quer por vaidade pessoal, quer por favores, incluindo-se nestes os econômicos, a fim de não mais se ouvir, como era voz corrente ainda no último quartel do século XIX, segundo anotações feitas, que a lei são teias de aranha que servem para apanhar insetos, mas que se deixam romper pela pressão de qualquer outro corpo mais pesado¹³.

Finalizando, devemos estar atentos, a todos os instantes, de que o papel do juiz, no desenvolvimento do processo, deve ser o mais sereno, profundo e responsável, pois ele é, em síntese, o elemento fundamental para que, através da Justiça, se promova uma paz social duradoura e isenta das máculas que o homem vem tentando imprimir à sociedade moderna.

ASPECTOS PROCESSUAIS DA REPARAÇÃO CIVIL NA RUPTURA DAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Áureo Virgílio Queiroz

Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia e Professor na EMERON/Ji-Paraná.

1. Introdução

Durante muitos anos, discutiu-se se o dano moral seria ou não indenizável e não há mais discordância quanto à sua reparação em diversos casos de responsabilidade civil, tais como o atraso de um vôo, a devolução de um cheque etc. No entanto, em direito de família, a matéria pouco avançou, pelo que iremos fazer uma abordagem civil-processual, a fim de que o tema seja mais discutido no Judiciário.

2. Reparação do dano moral na ruptura das relações conjugais

É majoritária na doutrina a admissibilidade da indenização do dano moral resultante da violação dos deveres do casamento. Nesse sentido, figuram os autores Yussef Said Cahali, Caio Mário da Silva Pereira e Carlos Roberto Gonçalves.

De feito, Pontifícia Yussef Said Cahali:

Colocada a questão nesses termos, parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais posto como fundamento para a separação judicial contenciosa com causa culposa, presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenha resultado diretamente do ato ilícito para o conjugado afrontado.

O ato ilícito preserva a sua autonomia, ainda que projetados duplamente os seus efeitos: como representativo da infração dos deveres conjugais, posto como causa da dissolução do casamento e como causa da responsabilidade civil da regra geral do art. 159 do Código.

Mas, nos termos em que a questão vem sendo assim colocada, não há dúvida de que o cônjuge agredido em sua integridade física ou moral pelo outro tem contra este ação de indenização, com fundamento no art. 159 do CC, sem embargo de representar aquela ofensa uma causa que legitima

uma separação judicial contenciosa em que os alimentos lhe seriam concedidos [...]¹.

De sua vez, comenta Caio Mário da Silva Pereira:

Afora os alimentos, que suprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral) em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente.²

Por seu turno, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Parece-nos que, se o marido agride a esposa e lhe causa ferimentos graves, acarretando, inclusive, diminuição de sua capacidade laborativa, tal conduta, além de constituir causa para a separação judicial, pode fundamentar ação de indenização de perdas e danos, com suporte nos arts. 159 e 1539 do Código Civil. Da mesma forma deve caber a indenização, se o dano causado e provado for de natureza moral.³

Resulta daí o reconhecimento da doutrina nacional quanto à viabilidade de pleito de condenação em dano moral decorrente da ruptura das relações conjugais.

1 - CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2 ed., rev., atual. e ampl.; 5 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 669/670.

2 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 156.

3 - GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 71.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se a respeito da questão, assim decidindo:
Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento.

1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor.

2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.

3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se resarcirem danos morais" (REsp 37051/SP. 3^a Turma do STJ. Relator: Ministro Nilson Naves, julgado em 17/4/2001).

Pelo julgado, infere-se que a ruptura da vida conjugal, ocasionada pelo desrespeito a um dos deveres do casamento, só fará nascer o direito à indenização por dano moral se um dos cônjuges agir com culpa exclusiva ao infligir sofrimento ao cônjuge inocente.

Por seu turno, em outro julgamento realizado em 07/02/2003, a Quarta Turma do STJ entendeu que, manifestada por ambos os cônjuges a insuportabilidade da vida em comum, o mais conveniente é decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer um deles. No caso, a ação de separação judicial foi ajuizada pela esposa, imputando ao marido o descumprimento de deveres inerentes ao casamento, o qual, por sua vez, contestou e ofereceu reconvenção, pedindo a separação judicial com imputação da culpa à esposa. Entretanto, o Juízo da 1^a Vara da Comarca de Mirandópolis julgou improcedentes tanto os pedidos da ação como o da reconvenção, considerando que "não restaram comprovadas as alegações formuladas por ambos", decisão que foi mantida pelo TJ/SP. Para o Ministro Ruy Rosado, relator do processo, a solução mais adequada foi a decretação da separação do casal sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no art. 5º da Lei n. 6.515, de

26/12/77, deixando de se constituir a sentença um decreto de separação-sanção para ser apenas uma hipótese de *separação-remédio*. "Esta solução está contemplada no Código Civil de 2002, cujo art. 1573, parágrafo único, permite a separação quando o juiz verificar a presença de outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum", afirmou o Ministro.

Por tal razão, a pressão psicológica, a traição, o abandono, os maus tratos, enfim, a quebra dos deveres conjugais, insertos nos incs. I a V do art. 1566 do Novo Código Civil, podem motivar a reparação por danos morais.

Contudo, afigure-se-nos que não se pode exigir sempre que haja a culpa exclusiva pelo fim do casamento, para que seja reconhecido o direito à indenização por danos morais, como entendeu a 3^a Turma do STJ.

Deveras, para concessão dos danos morais, tem-se que a culpa pelo fim da relação conjugal, exclusiva ou não, figura como um dos seus requisitos, mas não pode ser o único, como também não pode a culpa exclusiva implicar necessariamente à condenação por danos morais. A matéria requer um exame com sensatez, de molde a não banalizar os pedidos, tornando-se mais um fator que possa acirrar eventual vingança entre os cônjuges. A propósito, vejamos o que expressa Rodrigo da Cunha Pereira:

O Judiciário é o lugar onde as partes depositam seus restos. O resto do amor e de uma conjugalidade que deixaram a sensação de que alguém foi enganado, traído. Como a paixão arrefeceu e o amor obscureceu, o "meu bem" transforma-se em "meus bens". É impressionante como as versões de um mesmo casamento apresentam-se completamente diferentes, segundo o ângulo de cada parte. Quem terá razão nesse fim de casamento? Existe uma verdade para o litígio conjugal ou são apenas versões que fazem aversões? O Direito insiste em dizer que existe uma relação extraconjugal. Muitas vezes, este culpado da separação foi, de alguma forma, "empurrado" a fazer isso, pela falta de afeto e carinho, e se o fez é porque a relação já havia acabado. É a velha história: quem veio primeiro, o ovo ou a galinha? Em outras palavras, quem traiu primeiro: aquele que não deu carinho e afeto, propiciando um espaço e esvaziando o relacionamento ou, quem foi buscar fora do casamento outra relação? Aquilo que o Direito considera como causa de uma separação pode não ser a causa, mas sim a consequência".⁴p. 38/39.

De outro turno, na união estável, tal como no casamento, há também deveres previstos em lei que, se violados, igualmente, podem ensejar o pedido e a indenização por danos morais.

De sua vez, embora a doutrina majoritária entende que o casamento é contrato, tem-se que a responsabilidade será aquiliana. Nesse diapasão, explica José de Castro Bigi:

E, por último, é preciso deixar claro que essas ações de resarcimento por dano moral e material originam-se de culpa extracontratual, culpa aquiliana. Não decorrem de culpa contratual, já que o matrimônio, embora muitos o consideram um contrato, é contrato *sui generis*. Inclino-me, mais, a apresentá-lo como Planiol e Ripert, como uma instituição. Também a Professora Celina A. PERROT caracteriza o casamento como instituição: *La familia generadora de derechos e obligaciones de contenido extrapatrimonial: fidelidad, asistencia reciproca, cohabitación*. Mas mesmo que se admite a natureza de contrato de direito de família, *sui generis*, a culpa decorre da prática de um ato antijurídico, produzindo consequências não decorrentes do contrato".⁵

4 - PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

5 - BIGI, José de Castro. *Dano moral em separação e divórcio*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 670, p. 50/51, ago. 1991.

De tal arte, o fundamento legal encontra-se no art. 186 do Novo Código Civil.

Gize-se, por fim, que há quem sustente que pagamento de pensão alimentícia, partilha de bens e a guarda de filhos, são penalidades que afastam o pleito de dano moral. Tais matérias, *data vénia*, não

são penalidades. Basta ver que a pensão alimentícia não é devida à mulher se tiver boas condições financeiras. A partilha de bens é consequência lógica. No que concerne à guarda dos filhos, nenhum juiz hoje entrega filho menor ao homem porque a mulher foi culpada. Leva-se em conta exclusivamente o interesse do menor.

3. Ação e juízo competente

Como dito, a reparação do dano moral, na matéria em estudo, terá previsão legal no art. 186 do Novo Código Civil. Como tal, os pressupostos da obrigação consistirão: a) na ação ou a omissão do agente; na presença do dolo ou culpa deste; c) na existência do dano à vítima; e d) na configuração do nexo de causalidade.

Por seu turno, para a fixação dos danos morais, o magistrado deve considerar o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, a fim de aferir se teve o propósito deliberado de ofender; a extensão do dano causado, o que exige análise do caso concreto, mormente porque o sofrimento é personalíssimo; e as condições econômicas das partes. No *quantum* fixado, o valor deve representar uma punição ao ofensor e, ao mesmo tempo, uma compensação razoável ao ofendido.

Todavia, indaga-se: é possível cumular a ação de indenização com a ação de separação judicial ou de divórcio, onde nesta não se discute a culpa? E a questão da competência?

Inicialmente, vamos comentar sobre o divórcio.

O Novo Código Civil não trouxe nenhum ponto novo, apto a eliminar a controvérsia da possível discussão sobre a culpa, em ação de divórcio direto.

Por conta disso, há duas correntes.

Uma em sentido negativo, sob o fundamento de que o § 2º, do art. 1580, do NCC, estabelece tão-somente o decurso de dois anos como pressuposto da ação de divórcio direto. Nesta esteira, veda-se à referência da causa da separação, motivo por que inadmissível reconvenção. Em existindo pretensão de dano moral, o interessado teria de ajuizar a antecedente ação de separação judicial e a sua posterior conversão em divórcio.

Outra em sentido afirmativo, de modo que poderá examinar a culpa, como também qualquer dos temas próprios da separação, alimentação, partilha e guarda de filhos. Tal se deve porque o divórcio direto é aquele no qual não foi proposta uma ação de separação anterior. Como tal, poderá acontecer que, em uma ação de divórcio, surjam debates sobre questões que não foram solucionadas no momento próprio, que é a ação de separação.

Somos adeptos à primeira corrente, pelo que o cônjuge inocente não pode requerer dano moral em sede divórcio direto.

De fato. Cuida-se, no dizer do Professor Rodrigo, de um sinal da evolução, na medida que a tendência é da "substituição do malfadado princípio da culpa pela instalação do simples princípio da ruptura"⁶.

Deveras, respeitando-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, censura-se a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, na medida em que estariam desobrigados a revelarem perante um terceiro (juiz) a intimidade um do outro. Vale dizer: valorizam-se os (ex-) cônjuges em relação ao vínculo jurídico que os une (unia). Tal justifica-se porque, findando-se o afeto, outra alternativa jurídica não resta senão liberá-los para que continuem procurando sua realização pessoal.

Todavia, é possível a cumulação do pedido de separação judicial e de indenização. Nesse sentido, manifesta-se Carlos Roberto Gonçalves (1997:70).

Inácio de Carvalho Neto tem posição diversa, em função do disposto no art. 292, § 1º, II, do Código de Processo Civil. Segundo o autor:

Sendo o pedido indenizatório da competência da Vara Cível, enquanto o processo de separação judicial compete à Vara de Família, parece-nos incabível, ante a ausência, no Direito Brasileiro, de regra semelhante ao art. 1792 do Código Civil português, tal cumulação⁷.

Outrossim, por uma questão de coerência, em face da afinidade da matéria, a competência é da Vara de Família, até porque o que define a competência é a causa de pedir. E esta vem consubstanciada numa relação jurídica de direito de família.

E mais: embora o recomendável é que o pedido de dano moral seja formulado em conjunto com a separação, subsiste ainda a competência da Vara de Família, caso a parte, após a decretação da separação, peça danos morais em ação própria.

No mais, em tese, não cabe dano moral em sede de separação consensual, pois não tem nenhuma expressão de indenização. Porém, quem vai decidir se ingressa ou não com ação de dano moral é a vítima. Logo, a matéria pode ser objeto de futuras discussões no Judiciário.

Por derradeiro, o Código de Organização Judiciária do Estado de Rondônia atribui às Varas de Família da Capital competência para análise de tal matéria, ao fazermos uma interpretação conjunta do art. 96, alíneas "b" e "l". Vejamos, o que reza o referido artigo:

Art. 96. Compete aos Juízes das Varas de Família, processar e julgar:

...

b) as causas de nulidade ou de anulação de casamento, separação judicial e divórcio;

...

1) os feitos referentes às ações principais especificadas neste artigo e todos que delas derivarem ou forem dependentes;

7 - NETO, Inácio de Carvalho. *Reparação Civil na Separação Litigiosa Culposa*. In: NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Direito e Responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90.

4. Conclusão

Ao cabo das considerações expendidas, depara-se que a responsabilidade civil no direito de família é indiscutível. Sabemos, como exemplo, que a quebra dos deveres conjugais, enseja indenização.

Contudo, o Brasil é um dos poucos países do mundo onde o responsável pela separação ou divórcio não sofre penalidade de espécie alguma. Por isso, é importante começar a exigir do culpado a reparação do dano moral. Para tanto, os advogados hão de provocar mais o Judiciário a respeito do tema, porquanto, no âmbito doutrinário, a matéria tem tido boa receptividade.

Nessa conjuntura, na linha do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a reparação do dano moral fará com que as pessoas continuem a respeitarem-se mutuamente, servindo-se de freio.

Com efeito. Enquanto casados, o respeito entre as pessoas é mútuo. Porém, deixando de exigir o afeto e o carinho, via de regra as pessoas se agredem e praticam atos que não condizem com o respeito humano.

Por seu turno, a responsabilidade é aquiliana, encontrando respaldo no art. 186 do Código Civil. Contudo, não pode ser invocada em sede de divórcio direito. Sugerível que o pedido de indenização seja feito em cumulação com o de separação judicial. Outrossim, nada impede que se formule em ação própria. De qualquer maneira, a competência será da Vara de Família em razão da matéria.

Bibliografia

- BIGI, José de Castro. *Dano moral em separação e divórcio. Revista dos Tribunais.* São Paulo: v. 670, ago. 1991.
- BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Lei n. 94, de 03 de dezembro de 1993, com alterações posteriores. Estabelece o Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado de Rondônia. 2003.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral.* 2. ed., rev., atual. e ampl.; 5. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais.* 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *A culpa no desenlace conjugal.* In ALVIM, Tereza Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NETO, Inácio de Carvalho. *Reparação Civil na Separação Litigiosa Culposa.* In: NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Direito e Responsabilidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

A TUTELA ANTECIPADA E SUA FUNGIBILIDADE

Omar Simão Chueiri

Juiz aposentado do Tribunal de Justiça de Rondônia. Mestre em Direito Negocial pela UEM. Doutorando na Universidade de Santiago de Compostela/Espanha. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR/Campi Cianorte. Professor de Direito Processual Civil na graduação e nos Cursos de Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Unipar.

1. AS RAZÕES DO TEMA

Dentre as várias modificações introduzidas no Código de Processo Civil, a do § 7º, do art. 273, advinda com a Lei n.10.444, de 07 de maio de 2002, vem gerando, imotivadamente, apreensão e um certo desconforto em parcela razoável dos aplicadores do direito. Essas situações foram, inclusive, debatidas na recente "V Jornadas de Direito Processual Civil", realizada na cidade de Foz do Iguaçu, no Paraná, no mês de agosto de 2.003, chegando-se à sugestão de sua imediata modificação, ou extinção, dados os transtornos que estaria a conversão causando ao processo principal.

Apesar da concordância genérica de que a introdução da fungibilidade à tutela antecipada somente veio facilitar a garantia perseguida pela parte, vozes discordantes deixaram clara a possibilidade de seu uso originar a paralisação da tramitação da ação principal, o que redundaria em inevitáveis prejuízos, já que a parte requerida, uma vez citada da decisão do magistrado, apresentaria sua

contestação nos mesmos autos e que invariavelmente, se requerida a produção de provas, a audiência de instrução e julgamento prevista no art. 803, parágrafo único, do ordenamento processual, haveria de se realizar ainda nos mesmos autos.

Também houve manifestações de que a novidade processual só serviria aos advogados desocupados em conhecer as nuances do instituto da tutela antecipatória e pouco sabendo também do correto manuseio das cautelares, optariam por requererem a primeira, sobrecarregando ainda mais os magistrados, a quem incumbiria o ônus de estudar e, se presentes os requisitos indispensáveis, aplicar a fungibilidade, outorgando à parte a segurança desejada. Em verdade, tais manifestações expendidas num evento nacional causaram certo desconforto, não só àqueles que efetivamente manuseiam cotidianamente o Estatuto Processual, mas e também, porque a nobre classe dos advogados foi parcialmente atingida, com o que não podemos concordar.

Não vislumbramos quaisquer prejuízos à tramitação do processo principal, bem como não pactuamos com extremadas posições de extinção da conversão inserida no parágrafo e artigo supramencionado. Sequer concordamos com qualquer modificação que se pretenda introduzir, por razões simplistas e práticas.

2. A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E A CAUTELAR

Sabemos todos das dificuldades para a aplicação do instituto da tutela antecipada, não só pela necessidade da verossimilhança da alegação e da prova inequívoca, mas, e sobretudo, pelo perigo da irreversibilidade do provimento antecipado, já que não são muitos os processos em que eles são efetivamente demonstrados, causando, destarte, sérias dúvidas à possibilidade de sua concessão. Por outro lado, também é forçoso reconhecermos que é bem mais fácil trabalharmos com os pressupostos de admissibilidade das cautelares, o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*, explicitando Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, que:

A doutrina vem observando, e nós mesmos já tivemos oportunidade de sustentar esse ponto de vista, que medidas cautelares reclamam mera aparência do bom direito, enquanto medidas antecipatórias da tutela requerem *fumus* mais veemente, mais expressivo, para serem concedidas¹.

É cediço reconhecermos, outrossim, que o surgimento de novidades processuais, deixem os aplicadores do direito reticentes de sua aplicação, especialmente quando se exige, como no da tutela antecipada, requisitos tão expressivos.

1 - WAMBIER, Luiz Rodrigues e **WAMBIER**, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do*

3. O § 7º DO ART. 273

Ao permitir a partir da vigência da Lei n.10.444, que o magistrado use da fungibilidade instituída pelo § 7º, do art. 273, nos próprios autos da ação principal, desde que requerida a tutela antecipatória, introduziu o legislador um meio eficiente de impedir, ante a ausência de algum dos requisitos específicos da antecipação, mas presentes os da cautelar, a outorga da segurança via de uma cautelar incidental. Em razão dessa fungibilidade, admite agora o ordenamento processual a possibilidade da concessão de uma cautela de segurança, ainda que continue provisória, sem a necessidade do ajuizamento de uma ação cautelar.

Como explicitou o Desembargador Jorge Luiz de Almeida em artigo inserto na *Internet*²:

Como o direito não é mera abstração lógica, castelo conceitual do mundo idealístico, a força de realidade vivida nas dificuldades forenses levou o legislador a equiparar, no quadro da "urgência", os institutos da antecipação da tutela e da cautelaridade, através do § 7º, do art. 273 do Código de Processo Civil. A inovação é de repúdio a intelectualização da burocracia forense, apegada ao formalismo científico.

E mais adiante:

Não cabe mais indeferimento da tutela de urgência sob fundamento acadêmico da inadequação de seus traços. Liberado, agora, o juiz do apego ao *nomem iuris* do pedido, o que ameaçava esterilizar a função prática da tutela de urgência pela preocupação com o conceptualismo.

O § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil tem idéia própria, a de superar concepções científicas para reger acontecimento de urgência. As diferentes técnicas entre cautelar e antecipação de tutela deixaram de ser fonte de decepção.

2 - ALMEIDA, Jorge Luiz de. *Do § 7º Art. 272 CPC*. Site www.unimep.br - p.2.

Não tendo o legislador explicitado as formas procedimentais dessa conversão, entenderam alguns que a tutela antecipatória requerida no pedido inicial, ou posteriormente, carente de seus requisitos específicos, deverá ser convertida em medida cautelar incidental, se presentes os requisitos desta, nos mesmos autos da ação principal. O raciocínio é totalmente lógico e, sem qualquer dúvida, a aplicação da fungibilidade somente poderá ser efetivada na ação em que foi a mesma requerida, o que fez surgir a atroz dúvida de como manusear essa conversão sem ferir ou alterar a marcha da ação principal? A resposta, ao nosso ver, já está em disposições insertas no próprio Código de Processo Civil.

4 - O PROCEDIMENTO

Inserida nas disposições gerais do processo de conhecimento (Título VII- Capítulo I, do CPC), a concepção lógica é de que a tutela antecipatória deve ser requerida no processo principal, enquanto que a tutela cautelar (Livro III, Título Único, Capítulo I também do CPC), por força da interpretação dos arts. 801 e 809, devem ser expressamente requerida em processo apartado, que tramitará apensado aos autos da ação principal, estando já pacificada a jurisprudência nesse sentido³.

O dispositivo do art. 809 do Estatuto Processual não permite, naturalmente, que um pedido cautelar possa permanecer no bojo da ação principal, enquanto que o pedido de tutela antecipada fará parte desta. O Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira em comentários ao artigo mencionado, ensina que:

No nosso sistema, são inacumuláveis, em princípio, na mesma petição, os pedidos da pretensão principal e da medida cautelar, mesmo porque inconciliáveis os ritos (art.292).

3 - RSTJ _ " Enquanto a antecipação da tutela pode ser formulado na própria petição inicial da ação principal, a ação cautelar deve ser pleiteada em ação separada, sendo vedada a cumulação dos pedidos principal e cautelar num único processo." Volume 106. p. 169.

4 - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo, Saraiva. 2.003. p. 598.

Salvo nos casos de antecipação de interrogatório ou inquirição de testemunhas, o pedido deverá ter autuação própria⁴.

Humberto Theodoro Júnior⁵ há muito tempo advertiu:

Em nenhuma hipótese a ação cautelar pode ser acumulada, nos mesmos autos, com a ação principal, não só pelo tumulto que tal geraria, mas principalmente porque a lei admite é apenas a cumulação de pedidos diferentes e nunca a cumulação de processos diversos.

De conseqüência, a solução mais lógica para a correta aplicação do § 7º, do art. 273 do CPC, para que não paralise, ou tumultue o andamento da ação principal, ocorrerá com a observação do que preceituado pelo art. 809 do Estatuto Processual, naturalmente, em uma interpretação bastante extensiva.

Aplicando o magistrado a fungibilidade preconizada no parágrafo e artigo supramencionado deverá ordenar, além da citação do requerido para contestar o pedido convertido, que o cartório de sua vara efetue a extração de cópia da petição inicial, ou do pedido de tutela antecipatória, se efetivado após o ajuizamento da ação, do inteiro teor da decisão que aplicou a fungibilidade, procedendo sua distribuição e autuação como medida cautelar incidental e seu apensamento aos autos da ação principal, cujos ônus deverão se arcados pelo autor.

A solução preconizada nos parece a mais justa e correta, já que a ação principal e a cautelar incidente prosseguirão normalmente, sem quaisquer entraves ocasionados pela conversão da tutela de urgência.

Acreditamos que outras soluções serão ofertadas, todavia, esta tem sua fundamentação legal no próprio capítulo inerente às cautelares, abrigando-se a interpretação extensiva do art. 809 no poder geral de cautela, que outorga ao magistrado o livre arbítrio de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, para evitar a ocorrência de lesão de difícil e incerta reparação ao direito das partes.

5 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar*. Repro nº50. p. 16. _ No mesmo sentido decidiu unanimemente o TAPR aos 17.03.92, in Revista dos Tribunais, volume 685, p. 152.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Sulaiman Miguel Neto

Magistrado e Professor de Direito Agrário da Faculdade de Direito Padre Anchieta, Mestrando em Direito Obrigacional Público e Privado da UNESP-Universidade Estadual Paulista, Membro da Academia Jundiaiense de Letras Jurídicas e autor do livro "Questão Agrária" e "Elementos de Direito Agrário", este último no prelo.

Com o advento do Novo Código Civil, a Lei n. 10.406/02, os fundamentos constitucionais de uma sociedade livre, justa e solidária, adentraram de forma absoluta na ordem econômica do país, já dogmaticamente fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para assegurar uma existência digna a todos, segundo os ditames da justiça social.

A função social da empresa indica a valência de um princípio geral, em que a autonomia não é o livre arbítrio, surgindo uma dualidade a ser considerada por seus gestores, em que a necessária autonomia não se contrapõe ao controle. O exercício da livre iniciativa atuado de acordo com o máximo de coordenação possível, isto é, de programação, evitaria em termos de segurança, comprometerem a saúde dos homens, o ambiente de trabalho, o equilíbrio ecológico, o potencial de energia.

A consciência de que o crescimento econômico e o consequente bem estar (*benessere*), quando não preservam a qualidade de vida, a liberdade e a dignidade humana, não se constituem no progresso e desenvolvimento social assim valoráveis; devendo ser enquadrados na problemática do ilícito, com responsabilização pelo abuso do direito, excesso de poder e proibições limitatórias das atividades. Exaltam-se a elasticidade e absoluta liberdade criadora do proprietário, emancipada da escravidão das limitações, e reconhecida na concepção dinâmica e social da empresa e da atividade produtiva, condicionada ao bem estar geral.

Nessa fase, a propriedade foi dignificada a sua condição de direito natural, conforme ressalta a

doutrina francesa: *le législateur ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à la propriété des individus. La propriété est rangée, par la Déclaration des Droits, au nombre de ces droits naturels dont l'homme se trouve investi au moment même de sa naissance par cela même qu'il est homme*¹.

1 - Duguit, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. Ed. Voil: Paris, 1978, v. 3, p. 654.

Do Direito Canônico, por sua vez, traz-se a lume a idéia de que o homem está legitimado a adquirir coisas, passando a propriedade privada a ser uma garantia de liberdade individual. Por influência de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, ensina-se que a propriedade privada é imanente à própria natureza do homem, que, dela deve fazer justo uso.

A partir do Século XVIII, a escola do Direito Natural passa a reclamar leis que a definiam, em face da larga utilização desse direito sem uma uniformidade. A Revolução Francesa recepciona pontos importantes da idéia romana; advindo, como consequência o Código de Napoleão, que traça a conhecida concepção extremamente individualista do instituto e no art. 544, contempla ao proprietário "o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido das lei ou regulamentos". Essas idéias repercutiram em todos os ordenamentos que se modelaram no Código Civil francês².

Assim, o conceito de propriedade sofreu ao longo do séculos muitas alterações estruturais, distanciando sua fisionomia atual da concepção original difundida no período clássico. Perdeu seu atributo de direito absoluto, *plena in re potestas*, verdadeiro direito natural imanente à condição humana, para absorver o conceito de plenitude, agora entendida como a faculdade de exercer sobre a coisa tudo aquilo não vedado pela lei que a delimita.

Tanto que a doutrina fascista da *Carta del Lavoro* e do Código Civil Italiano de 1942, retrata magnífica evolução desde os abusos e privilégios da era medieval. Veja-se que o legislador italiano dessa época, abandonou o individualismo do Código de 1865, que definia a propriedade como *il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti* (art. 436). Preferindo o legislador atual a fórmula "dispor de modo pleno e exclusivo", colocando o conceito de limite à propriedade (art. 832) e apontando a delimitação dos poderes, expressa na substituição da absolutez pela plenitude, segundo a lição de NATOLI.

A concepção residual individualista, gerou a inserção nas modernas Constituições, de garantia ao instituto, na esteira da que veio eleita na Carta

2 - Venosa, Silvio, *Direitos reais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

Magna de 1988, no art. 5º, XXII, respondendo à necessidade econômica de afetação de bens para a realização dos determinados fins individuais.

Como garantia constitucional, o direito de propriedade há de ser interpretado com especial significado, tal seja o de corresponder a uma "vedação ou barreira à ação dos Poderes Políticos, inclusive o Legislativo, a fim de manter íntegro o direito reconhecido"³. O princípio, é certo, contém as limitações do inc. XXIII, que garante o atendimento de sua função social. Pressupondo a possibilidade da desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social, sujeitando-se a transferência compulsória do patrimônio particular para o público, mediante a justa e prévia indenização em dinheiro.

Esse corolário tem no direito alienígena especial ressonância, valendo as afirmações de que: *il s'agit d'une véritable liberté publique ... les diverses constitutions révolutionnaires ont toujours maintenu ce droit des personnes naturelles, parmi les libertés publiques*⁴.

Alguns estudiosos, embora ressaltando a perda do seu caráter de direito imprescritível e inviolável,

admitem, sob a ótica individualista e liberal, a propriedade sendo como liberdade, um direito subjetivo oponível a todos, inclusive contra o Estado⁵.

A bem da verdade, um fato histórico imemorial é que a empresa e a capacidade produtiva traduz uma força social relevante, que resistiu a todas as vicissitudes e percalços vividos pela humanidade, desenvolvendo-se e aperfeiçoando-se através desses eventos, como lembram doutrinadores célebres, *pour toutes ces raisons on doit se garder d'y toucher à la légèreté, car l'expérience de notre propre histoire prouve qu'un peuple ne rompt pas à volonté avec ses traditions et ses origines. On la propriété individuelle justifie amplement son existence par les services qu'elle rend à la humanité*⁶.

Assim, a titularidade e a produtividade, na doutrina francesa clássica, especialmente, são consideradas liberdades públicas, enquanto per-

3 - Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1975.

4 - Colliard, Claude Albert. *Libertés publiques*. Paris: Ed. Dalloz, 1972, pg.679.

5 - Burdeau, Georges. *Les Libertés publiques*. Paris: Ed. Pichon Auzias, 1972.es.

6 - Planiol et Ripert. *Traté pratique de Droit Civil français*. Paris, 1926, t. III.

mite exigir a abstenção ou um limite de ação contra o particular; não quando importa exigência de prestação, na medida que a liberdade e o direito não se confundem com a liberdade quando é permitida a exigência de uma prestação⁷.

Sem que se possam prever os limites dessa ascensão de atribuições, o certo é que a negação da liberdade econômica contraria anseio inafastável da natureza humana, mas sem excessivo individualismo, que não consulta os interesses jurídicos e sociais.

A empresa como célula produtiva moderna traduz um direito natural a ser exercido de acordo com sua função social, não só em proveito dos titulares, mas também em benefício da coletividade.

O Estado não pode omitir-se no seu ordenamento sociológico, mas deve fornecer instrumentos jurídicos eficazes para seus titulares defenderem o que é seu, e que é utilizado em seu proveito, de sua família e de seu grupo social. Devem ser incrementados os instrumentos legais eficazes e justos para tornarem todo e qualquer bem produtivo e útil. Os bens não utilizados ou mal utilizados são constantes motivos de inquietação social.

A economicidade, discurso típico da empresa, sempre prevalente e sobreposto ao discurso e ao espaço dos outros subsistemas sociais, revela o potencial desse grande amálgama de valores sociais, derramando regras, em algumas situações de maneira insidiosa e inexorável, eliminando espaços importantes para a reflexão, o embate e o questionamento.

Com efeito, essa grande protagonista do mundo do trabalho, sobre a qual se constroem relações de sobrevivência e que propiciam a formação e expansão da personalidade, depois da família e da escola, é o *locus* do aprendizado de relações interpessoais e de superação de desafios intelectuais e emocionais. O salário não é apenas fonte de subsistência: ele também é o veículo da realização de sonhos e de aspirações pessoais. O trabalho assim não é apenas sinônimo de sobrevivência e o seu significado emocional é muito mais amplo. Em primeiro lugar ele é uma fonte privilegiada de identidade. Isso porque uma pessoa constrói sua auto-imagem

7 - Camargo Viana, Rui Geraldo. *A participação do particular no urbanismo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1972.

quando age, quando atua e supera obstáculos e desafios, proporcionados privilegiadamente pela

relação de trabalho.

Dentro desse contexto é que podemos pensar numa verdadeira função social da empresa, ao invés de um simples direito subjetivo dos titulares. Pois, função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Os interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. A empresa atua não apenas para atender aos interesses dos sócios, mas de toda a coletividade e principalmente dos empregados.

A função da empresa (ou seja, a função social dos bens de produção) implica na mudança de concepção do próprio direito de propriedade: o princípio da função social incide no conteúdo do direito de propriedade, impondo-lhe novo conceito. Implica no reconhecimento de que as normas de direito privado sobre a propriedade estão conformadas pela disciplina que a Magna Carta lhes impõe.

O poder de direção do empregador, derivado do direito de propriedade e das prerrogativas dele decorrentes e inerentes ao contrato de trabalho subordinado, reveste-se de novo caráter permeado pela noção de função social. Mais do que um poder de direção, permeado pela discricionariedade, transformar-se em verdadeiro poder-dever ou poder funcional: seu titular é investido de um poder, cujo exercício discricionário vem posto, para ele, como um dever em sentido estrito, posto que esse poder deve ser atuado a benefício do interesse de outrem, sob pena de destituição ou de alguma outra sanção imposta ao titular do poder funcional.

Da mesma forma que a má utilização da terra e dos espaços são fontes de violência, devendo ser procedidas as intervenções necessárias para auxiliar o preenchimento e o desiderato de sua justa utilização, em se tratando dos meios de produção, hão de reconhecer-lhes a condição de instrumento econômico e político voltado ao desenvolvimento; consolidando as transformações e melhorias no padrão de vida das pessoas. Assim, como evoluiu o instituto da propriedade, desde a idéia originária de submissão da coisa corpórea ao poder da vontade individual, em que traduzia um direito real legalmente vinculado ao poder absoluto da vontade do titular sobre a substância _ os acidentes e os acessórios; deve a empresa conduzir-se até a noção tão bem desenvolvida, acerca dos nobres objetivos da riqueza.

Na síntese, todo o indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, na razão direta do lugar que nela ocupa. E o detentor da riqueza, pelo próprio fato de detê-la, pode cumprir uma certa missão que só ele pode realizar. Somente ele pode contribuir para o aumento da riqueza geral, assegurando a satisfação das necessidades gerais. Fazendo valer para todos o capital que detém. Nessa consequência, está socialmente obrigado a cumprir esta missão e não será socialmente protegido, senão se cumpri-la e na medida em que o fizer. A propriedade não representa um direito subjetivo e exclusivo do proprietário, mas um benefício realizado em prol de toda a sociedade, realçando a importância da função social do detentor de riqueza⁸.

Entre nós, analisando a ordem constitucional vigente, a doutrina tem realçado a condição de poder-dever atribuída à propriedade. Assim, a nova ordem constitucional, não apenas justifica a afirmação da configuração da propriedade dos bens de produção _ como um poder em que está assentado um dever, mas também autoriza a afirmação de que a função social da empresa pode e deve expressar-se na idéia de que há uma imposição de comportamentos positivos ao proprietário, dando suporte à tese da configuração deste como empreendedor⁹.

A regra inscrita na lei maior e na norma ordinária, acerca da função social, estabelece expressamente a forma de constituição econômica das atividades desenvolvidas no país, com o

objetivo de realizar o

8 - Duguit, Léon. *La propriété fonction sociale – Les transformations du droit privée depuis le Code Napoleon*. Paris, 1958.

9 - Grau, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. Ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

desenvolvimento nacional e alcançar a justiça social. A norma não está simplesmente preordenando fundamentos e limitação ou obrigações e ônus da propriedade privada. Pois, estes podem ser considerados fatores externos, vinculando simplesmente a atividade do proprietário¹⁰. O intuito do permissivo constitucional é mais abrangente, consolidados fatores internos do sistema jurídico moderno. E pressupõe a atividade econômica geradora de riqueza em benefício de toda a sociedade. Incorporam-se ao processo produtivo nacional todas as entidades que detenham por qualquer forma, a titularidade de bem de produção.

Vincula os clássicos fatores de produção, o capital e o trabalho, a um empreendimento de elevado alcance social, capaz de distribuir benefícios da toda a comunidade, quaisquer que sejam eles, diretos ou indiretos, setorizados ou generalizados. Influenciando de forma conjuntural ou estrutural, uma grande entidade moral que é patrimônio comum.

A justa aplicação do direito de propriedade depende de encontrar um ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual, e esse nó górdio será desatado pelas leis existentes, normas abstratas e progressistas, que devem responder aos anseios da sociedade nesse momento histórico crucial.

Valendo lembrar que as decisões das questões produtivas não podem deixar-se levar por modismos alternativos, que mascarem decisões desvinculadas da lei. Mas devem se processar por um novo conceito jurídico de empresa incorporado no nosso sistema, qual exsurge com mais força na nova codificação de 2002, mas nem, por isso, as noções econômicas modernas a concebem sem a expressão do sentido social da realidade temporal e espacial no novo século.

Os atores desse cenário, empresários, dirigentes e trabalhadores, interpretes das clássicas necessidades humanas, devem integrar seus papéis às exigências do bem comum, criando um relacionamento entre o capital, o trabalho e o consumo. Não sendo demais lembrar, que as fórmulas tradicionais da economia foram instituídas num contexto em que o ser humano se posicionava ao centro do universo de providências e gestões.

10- Silva, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986.

TENDÊNCIA MODERNA À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA ABSOLUTA

Márcia Cristina Rodrigues Masioli

Advogada, pós-graduanda em Direito Público pelo CEULJI – Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná - RO e aluna da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON.

Introdução

O direito ao acesso à Justiça surgiu com a modernidade do pensamento liberal, eis que, em um

tempo não muito distante, a Justiça era privada e restrita apenas àqueles que pudessem pagar as taxas e ônus impostos.

Com a estatização da função jurisdicional, o Estado legou a si o poder e o dever de analisar e julgar os conflitos de interesses. Pôs-se fim à auto-tutela e criou-se órgãos e Poderes específicos para o desempenho das atividades jurisdicionais. No entanto, manteve-se a exigência do pagamento de custas, taxas e emolumentos; o que na prática, levou apenas à transferência do poder de julgar da mão do particular para o Estado-Juiz.

Essa exigência de pagamento de custas, taxas e emolumentos culminou com o distanciamento do Poder Judiciário das classes mais pobres e a elitização das causas levadas a juizo. Tal situação perdurou por muito tempo, até que as Constituições Federais passaram a prever a isenção de custas e taxas para os necessitados, como se observa pelo teor do art. 113, inc. 32, da Constituição de 1934, *in verbis*: "A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos".

Em seguida, cuidou-se de criar uma legislação ordinária regulando a assistência judiciária aos necessitados (Lei n. 1.060 de 5 de fevereiro de 1950).

Sem a barreira financeira das custas e taxas, restava ao Estado providenciar a perfeita assistência aos necessitados por profissional para tanto habilitado. Assim, num primeiro momento, o Estado legou ao órgão do Ministério Público o dever de assistir aos necessitados quando do ingresso em juízo. Com o advento da Constituição da República de 1988, tal mister foi transferido às Defensorias Públicas (art. 134), as quais foram organizadas e instituídas oficialmente pela Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994.

Até então, a Assistência Judiciária Gratuita era prestada apenas e tão somente àqueles que demonstrassem a sua condição de miserabilidade perante o Poder Público. Ocorre que, após a década de 70, houve uma eclosão de movimentos sociais e criação de diferentes escolas de pensamento que culminaram com uma maior conscientização dos direitos sociais e individuais.

Em decorrência disso, o próprio legislador, imbuído desses novos ideais, cuidou de estender o alcance da Assistência Judiciária Gratuita, abarcando mesmo aqueles que possuem condições financeiras para custear o processo. Assim, diversas leis surgiram prevendo o livre acesso à Justiça, independentemente do pagamento de custas e da condição financeira do requerente. E a respeitável Doutrina surgiu advogando a necessidade de mudanças na legislação, a fim de ver a gratuidade estendida a todos os cidadãos, de forma absoluta e integral.

Com base nas mudanças realizadas no cenário nacional, no que tange ao acesso gratuito à Justiça, necessário se torna analisar o porquê e o impacto que tal medida teria no âmbito jurídico brasileiro.

1. O acesso à Justiça

Ao Poder Judiciário cabe o papel de promover o acesso à justiça, por meio de seus inúmeros organismos estruturados para este fim. Na prática, porém, esse acesso está cada vez mais restrito, diante das exigências modernas a imporem pesados ônus processuais, compostos basicamente por custas e honorários advocatícios, além da morosidade advinda da excessiva burocracia.

Positivamente, acesso à justiça significa adentrar ao mecanismo estatal responsável por alguma área ligada ao Judiciário com a finalidade de satisfazer o interesse da parte. Juridicamente a expressão é muito mais finalista e exige não apenas a entrada com o pedido em juízo, mas a efetiva satisfação desse pedido, ou seja, exige eficácia.

Houve um tempo em que acesso à justiça significava rapidez na prestação jurisdicional e isso se mostra bem evidente na Constituição da República de 1946.

Com efeito, ao tratar dos Direitos e Garantias Individuais em seu art. 141, § 36, aquela Constituição estabelecia que a lei deveria assegurar o rápido andamento dos processos nas repartições públicas.

Hodiernamente, no entanto, a rapidez não é mais tão imprescindível como a efetividade, tanto que

tal dispositivo não foi recepcionado na Constituição de 1988. Na verdade, essa abolição foi um avanço, ainda que à primeira vista possa parecer o contrário, pois na prática, exigir rapidez na prestação jurisdicional, pode importar em julgamentos sem análise do mérito, em que o conflito real é afastado por questiúnculas processuais, ou ainda, julgamentos antecipados, em que se apressa o término do processo de conhecimento e se emperra a execução.

Um exemplo nítido de acesso ao Poder Judiciário é o caso dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Há efetiva celeridade, onde a média de vida de um processo é de apenas 6 (seis) meses e o custo é baixo, tendo em vista os princípios que lhe regem².

Os Juizados Especiais contam com uma clientela que jamais adentrou ao foro comum e isso significa a democratização do Judiciário. Além disso, o procedimento aplicado nos Juizados Especiais Cíveis, torna obrigatória a tentativa de conciliação, mesmo nos casos de execução de título extrajudicial, em que haveria, em tese, um título líquido, certo e exigível, amparando a demanda. Com essa audiência prévia, compõe-se a maior parte dos conflitos, desafogando o Judiciário e, principalmente, restaurando a confiança e a relação entre as partes.

No procedimento dos Juizados Especiais Criminais também existe a previsão de uma audiência prévia, onde, presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável

2 - De acordo com o art. 2º da Lei 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o processo na seara dos Juizados orientar-se-á pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos civis e da aceitação da proposta de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade³.

Luiz Guilherme Marinoni⁴, ao comentar sobre as Tutelas diferenciadas e realidade social, conclui que:

A conciliação, ao contrário do processo jurisdicional, torna possível a restauração do relacionamento entre as partes, razão da sua importância na sociedade das massas, onde sucedem-se pequenos conflitos nas relações de vizinhança e de consumo, situações em que a coexistência é duradoura no tempo e a convivência cordial entre as pessoas, fundamental.

Em contrapartida, na Justiça Comum, a média de vida de um processo ultrapassa os limites da razoabilidade e, não raras vezes, vê-se extinto por questões meramente processuais, sem que seja dado um pronunciamento judicial sobre o mérito da questão.

Quando se consegue acesso ao Judiciário, amarga-se o abandono de uma causa longos anos, diante de burocracias processuais inúteis, de modo que o pretendido pelo autor da demanda acaba sendo protelado para uma época em que aquele objetivo quase sempre perdeu o sentido. É o que Rui Barbosa em sua "Oração dos Moços" chamava de direito tardio a produzir injustiça qualificada.

Detectados os problemas, resta promover as mudanças necessárias para o acesso à justiça. Porém, os organismos capazes de realizá-la floreiam seus atos com atitudes demagogas e omitem-se no dever de agir.

Em uma das obras mais importantes sobre o tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵ esclarecem e esmiúçam a questão do acesso à justiça, manifestando-se da seguinte forma:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental _ o mais básico dos direitos humanos _ de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Cappelletti chega a dizer que vivemos um notável florescimento da constitucionalidade e isso se faz presente no Brasil, em que a Constituição é emendada constantemente e inúmeras leis são promulgadas todos os dias, sem que mudanças concretas surjam. Há muita teorização dos problemas, de modo que muitas normas já nascem natimortas, uma vez que inaplicáveis por incompatibilidade com o mundo real.

Atual é o ensinamento de Ihering , ao lecionar que a essência do direito é a sua realização prática. Assim, de nada valem as leis se não acalentam o cidadão carente de justiça, ainda que sejam coerentes e politicamente corretas; de nada valem as normas ordinárias e complementares se o acesso às suas finalidades é vedado àqueles que lhe batem à porta. Afinal, como o próprio Ihering lecionava: o direito não é teoria, mas sim, força viva.

2. Assistência Judiciária Gratuita no Brasil e no Direito Comparado

A Constituição Federal da República assegura a todos o acesso à justiça, o direito de petição e o dever de o Estado prestar a tutela jurisdicional a todos⁶. Com isso, surge um enorme leque de direitos que estariam a serviço da democratização do direito.

Estritamente ligado ao acesso à justiça, encontra-se a questão da gratuidade desse acesso, uma vez que parte da doutrina entende que a cobrança de taxas, emolumentos e custas judiciais têm dificultado esse acesso. Por isso, visando redimensionar e efetivar o acesso gratuito à justiça, diversos estudiosos do ramo têm se erguido em prol da implantação absoluta da Assistência Judiciária Gratuita.

Há algum tempo, alguns integrantes do movimento de direito alternativo surgido no Rio Grande do Sul defendem a gratuidade absoluta

do acesso ao Judiciário, independentemente da classe social do beneficiário. Dentre eles, destacam-se Roberto Rosas e Edmundo Lima de Arruda Jr., para quem a justiça é serviço público essencial e deveria ser prestado indistintamente a todos os cidadãos e em todas as esferas do poder.

Sustentando essa tese, as maiores autoridades no assunto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra *Acesso à justiça*, noticiam que em diversos países do mundo já se adota uma justiça integral e gratuita.

Na França, por exemplo, desde 1º de janeiro de 1978, todas as custas foram eliminadas, restando apenas as despesas com advogados. Na Bulgária, nos litígios que envolvam pequenas causas, a máquina judiciária é isenta de custas e nas demais causas o valor das custas é relativamente baixo, o que não impede ninguém de adentrar ao meio Judiciário.

Em outros países, há isenção de custas e taxas para os reconhecidamente necessitados, no entanto, subsistem as despesas advocatícias. Por isso, diversos países reformularam suas leis e criaram um sistema misto de assistência judiciária, onde o Estado permite o acesso gratuito e os advogados particulares fazem o acompanhamento e atendimento gratuito, mediante o subsídio estatal.

Assim, entre os anos 1919 e 1923, a Alemanha implantou um sistema de remuneração pelo Estado de Advogados que fornecessem assistência judiciária, a qual era extensiva a todos que a pleiteassem; e, em 1972, houve um aperfeiçoamento desse sistema, aumentando a remuneração paga aos Advogados particulares por serviços prestados aos pobres.

Em 1949 foi a vez de a Inglaterra apresentar uma reforma e criar o *Legal Aid and Advice Scheme*, que foi confiado à *Law Society*, associação nacional de advogados, os quais passaram a receber do Estado, pelos "aconselhamentos jurídicos" e assistência a processos. Em julho de 1972, a Lei de Aconselhamento e Assistência Judiciária da Inglaterra aumentou o alcance do sistema implantado em 1949, mormente na área de aconselhamento jurídico.

No mesmo ano, a província canadense de Quebec estabeleceu seu primeiro programa de assistência judiciária financiado pelo governo e em 1965, os Estados Unidos criaram o *Office of Economic Opportunity* (OEO), que autorizava a destinação de recursos federais para programas aprovados de "ação comunitária"⁷.

No Brasil já existe previsão de isenção de custas em alguns feitos. A Constituição Federal prevê em alguns de seus incisos, a gratuidade absoluta de determinados atos, independentemente da situação financeira da parte. É o caso do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), da obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, "b", da CF), da Ação Popular (art. 5º, LXXIII, da CF), do *habeas data* e do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII e LXXII da CF).

Desde a criação da justiça especializada trabalhista, permite-se o ingresso àquela Justiça independentemente do pagamento de taxas, bem como, admite-se o chamado *jus postulandi*, onde a parte leva a sua reclamação ao Poder Judiciário independentemente do acompanhamento de Advogados.

Na legislação civil existem outros casos onde se defere a gratuidade, como ocorre nas ações de Alimentos e nas afeitas às Varas de Infância e Juventude. Nestes casos, dá-se o efetivo acesso à Justiça, sem distinções de qualquer natureza.

Desde 1995 funciona no Brasil os chamados Juizados Especiais Cíveis, instituídos pela Lei n. 9.099/95. Tais Juizados se prestam ao julgamento de causas cíveis de menor complexidade, cujo valor não excede a 40 (quarenta) salários mínimos, que se refira às hipóteses do art. 275, II do Código de Processo Civil, às ações possessórias ou à ação de despejo para uso próprio.

Recentemente entrou em vigor em todo o país, o Decreto n. 3.474 de 19 de maio de 2000⁸, modificando a Lei dos Juizados Especiais e aumentando a sua competência para julgar as causas em que figurem como autor a pessoa jurídica, definida como pequena ou micro-empresa.

Por fim, a Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001, instituiu os chamados Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, com competência para processar e julgar as causas de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo

7 - Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, pp. 32-35.

8 - Estatuto da Micro e Pequena Empresa.

cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, bem como, as causas de competência da Justiça Federal de valor até 60 (sessenta) salários mínimos.

Tanto nos Juizados Especiais Estaduais como nos Federais, a lei permite o acesso a todo e qualquer cidadão cuja causa se enquadre nas hipóteses de competência daqueles órgãos, sem perquirir de sua situação econômica ou exigir-lhe o pagamento de qualquer taxa, emolumentos ou custas processuais.

Aos poucos o acesso à justiça vai se tornando mais efetivo e o *jus postulandi* vai se tornando regra,

seja na justiça do trabalho, nos juizados especiais ou mesmo na justiça comum. Como visto, a Assistência Judiciária Gratuita tem se transformado numa tendência moderna e está se instalando em todos os ramos do direito.

A legislação parece estar se adequando para abranger os mais diversos tipos de causas e permitir o acesso integral e gratuito a todos, indiscriminadamente. Aliás, esse é o anseio do próprio legislador originário, porquanto erigiu a função jurisdicional à categoria de garantia constitucional.

3. Tendência moderna à gratuidade absoluta

Inicialmente, a Assistência Judiciária Gratuita restringia-se apenas e tão somente aos necessitados, na forma da lei. Com a evolução do pensamento moderno, a doutrina e o clamor social fizeram com que o legislador fosse estendendo o alcance da norma para garantir a todos os cidadãos o acesso gratuito e integral à Justiça, independentemente da situação financeira do interessado.

A Constituição Federal foi pioneira nesse quesito, ao relacionar alguns remédios constitucionais a serem usados por todos os cidadãos, independentemente do pagamento de taxas, e, em algumas ocasiões, até mesmo sem acompanhamento advocatício, como ocorre no caso do habeas corpus. A Constituição também prevê a gratuidade do direito de petição, do fornecimento de certidões, independentemente da qualidade ou condição financeira da parte requerente.

A legislação trabalhista também se mostrou precursora na efetivação do acesso à Justiça, uma vez que desde sua criação prevê a isenção de custas para o reclamante necessitado e a possibilidade de a parte exercer o *jus postulandi* no primeiro grau de jurisdição, embora a CLT exija a presença de advogados quando da interposição de recursos. Tais medidas se mostram democráticas, e na prática, promoveu a massificação da legislação trabalhista, tornando-a popular e acessível.

No âmbito civil, existem diversos procedimentos onde há efetiva exclusão da cobrança de taxas, emolumentos e selos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, foi instituído pela Lei n. 8.069/90 e em seu art. 141, §§ 1º e 2º determina que:

A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado e as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvadas as hipóteses de litigância de má-fé.

A Lei n. 9.265/96 regulamentou o inc. LXXVII do art. 5º, da Constituição e dispôs sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, independentemente da qualidade do requerente. Assim, nos termos do art. 1º da referida lei, são sempre gratuitos os seguintes atos: os que capacitem o cidadão ao exercício da soberania popular, aqueles referentes ao alistamento militar, os pedidos de informações ao Poder Público objetivando defesa ou denúncia de irregularidades administrativas, as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, quaisquer requerimentos ou petições que visem às garantias individuais, e a defesa do interesse público e o registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.

A Lei n. 9.465/97, por sua vez, determina o fornecimento gratuito de registro extemporâneo de nascimento, quando destinados à obtenção da Carteira de Trabalho e Previdência Social.

No Estado de Rondônia, há expressa previsão de isenção e não incidência de despesas forenses para os procedimentos relativos a menor

9 - Trata-se de causa de isenção do pagamento de despesa forense, custas e emolumentos, prevista no item 6, "d" do Capítulo III das Diretrizes Gerais Judiciais do Provimento nº 1/98 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Rondônia.

em situação irregular⁹, nas causas de jurisdição de menores, de acidente de trabalho, nas ações de alimentos em que o valor da prestação mensal não seja superior a 2 (dois) salários mínimos, nas

causas envolvendo estado ou capacidade das pessoas, nos embargos à execução e nos agravos de instrumento¹⁰.

Com a criação dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, houve uma grande abertura do Judiciário à população, uma vez que pobres e ricos passaram a litigar em igualdade de condições e sem cobrança de taxas e emolumentos. Aqui também passou a se admitir o *jus postulandi*, obedecido certo limite de alçada e isso demonstra a preocupação do legislador em efetivar o acesso à Justiça, excluindo todo e qualquer empecilho jurídico ou processual.

Na seara processual, vê-se a isenção de custas e despesas forenses para a União, o Estado, o Município e respectivas autarquias. Também se verifica que ritos têm sido simplificados e despesas forenses aos poucos são suprimidas, dando lugar ao efetivo acesso à justiça. Mesmo nas causas onde teoricamente seria exigível o pagamento de custas processuais e emolumentos, o Poder Judiciário tem concedido a gratuidade, ora com base no princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, ora com base nos elementos fáticos.

A Lei n. 1.060/50 prevê que a Assistência Judiciária Gratuita será concedida com base na simples afirmação, no corpo da própria petição inicial, de que a parte não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio e de sua família. Não há mais necessidade de juntar atestado de pobreza, como era exigido anteriormente.

Além disso, a lei criou uma presunção de pobreza, mediante a simples afirmação dessa condição na petição inicial. Em se constatando a inveracidade de tal informação, a parte sujeitar-se-á ao pagamento de até o décuplo das custas judiciais. No entanto, para averiguação das reais condições da parte beneficiada com a concessão da Assistência

10- Trata-se de causa de não-incidência de despesa forense, prevista no item 7, do Capítulo III das Diretrizes Gerais Judiciais do Provimento nº 1/98 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Rondônia.

Judiciária Gratuita, é necessário instaurar procedimento incidental de impugnação, o qual corre em autos apartados, na forma do § 2º, do art. 4º da Lei n. 1.060/50.

Como visto, a lei facilitou a concessão da Assistência Judiciária Gratuita a todo aquele que simplesmente afirmar isso e por outro lado, dificultou a negativa ou suspensão dessa gratuidade, uma vez que exigiu procedimento autônomo e complexo para averiguação. Eis aqui um avanço da legislação e uma evidente mostra de que a intenção do legislador é estender o benefício ao máximo, sem entraves.

A Assistência Judiciária Gratuita e absoluta parece estar se transformando em algo quotidiano nos foros de todo o país e isso se mostra mais evidente ante a nova postura do Poder Judiciário, que tem se mostrado mais aberto à sociedade e aos problemas que lhe são comuns, firmando convênios com vários órgãos e implantando operações e mutirões para resolução de processos judiciais, a teor do que se percebe com as chamadas "Justiça Rápida", "Justiça Móvel" ou itinerante.

Especificamente no Estado de Rondônia, é possível citar inúmeros exemplos dessa tendência moderna do Poder Judiciário. Talvez por isso mesmo, a magistratura do Estado de Rondônia esteja se destacando em âmbito nacional, como exemplo de celeridade e modernização. Um exemplo nítido disso são as chamadas "Operações Justiça Rápida" que foram criadas para desafogar o Poder Judiciário e as Defensorias locais, com atendimento e resolução de causas num tempo médio de uma semana¹¹. Este fato não apenas mostra a desburocratização da justiça, mas, principalmente, preocupação com o social e com a justiça, independentemente do pagamento de custas e honorários advocatícios.

Há um convênio entre órgãos e muita boa vontade dos operadores do direito. Nos "considerandos" da Resolução n. 016/2000/PR que instituiu o projeto "Judiciário cidadão _ nenhum município sem justiça", o desembargador Renato Martins Mimessi observou que:

11- A Operação Justiça Rápida foi instituída pela Portaria Nº 001/2000/GAB/PR e pela Resolução Nº 008/2000/PR, havendo regulação posterior pelos Provimentos Nº 006/2000/CG e 010/2000/CG e Resolução Nº 016/2000/PR, numa criação inteligente para soluções esperadas de há muito.

... a função jurisdicional não se esgota na solução de conflitos sociais e na geração da segurança jurídica, mas também no estímulo ao efetivo exercício da cidadania e distribuição permanente da justiça social, colaborando com a construção sólida do Estado Democrático de Direito.

Além disso, ressaltou que:

... compete ao magistrado, além das atividades jurisdicionais e administrativas inerentes à função, o pleno exercício da liderança comunitária, colaborando ativamente com projetos sociais que viabilizem ao cidadão a plenitude de acesso aos direitos e às garantias constitucionais, inclusive ao Judiciário.

4. Importância da gratuidade absoluta no acesso à Justiça

Por força do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o Estado obrigou-se a apreciar todas as lesões e ameaças a direito ocorridas contra seus jurisdicionados, ficando o particular proibido de exercer a autotutela, exceto nos casos previstos em lei.

Todos os conflitos devem ser resolvidos por intermédio da Justiça Pública, devendo ser garantido o acesso ao Judiciário para que não se volte ao tempo da vingança particular. No entanto, o acesso efetivo à Justiça é deveras oneroso, de modo que muitas vezes a parte acaba resolvendo seus litígios à margem da lei, ou mesmo abdica de seu direito e de sua dignidade, calando-se e sofrendo injustiças várias por não possuir recursos para arcar com os ônus que lhe são impostos.

Ao se falar em acesso à justiça, é preciso ter em mente que esse ingresso no mundo da lei se dá mediante a assistência por advogado ou defensor, o pagamento de custas, taxas judiciais e, se for o caso, o pagamento de perícias e diligências, quando exigidas. Tudo isso demanda valores que nem sempre a parte pode arcar sem prejuízo próprio.

A Constituição Federal de 1988 previu a assistência judiciária integral para os reconhecidamente pobres na forma da lei. A essa classe é dada isenção de custas, taxas e demais despesas, com assistência por meio das Defensorias Públicas instituídas em cada Estado pela União. Porém, essa garantia é específica para os "reconhecidamente pobres na forma da lei", o que necessariamente promove a quebra do princípio da igualdade, pois o legislador previu soluções diversas para situações iguais.

O cidadão comum que possui as suas limitações, mas não se enquadra na situação de pobreza exigida pela lei, vê-se impossibilitado de adentrar ao Judiciário, sem que para tanto arque com as despesas necessárias. Ainda que não possua recursos e a lei lhe garanta a apreciação de sua causa pelo Judiciário, ficará sem fazê-lo, ante o teor da norma reguladora.

A Lei n. 1.060/50, que estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, dispõe em seu art. 2º, parágrafo único, sobre os "reconhecidamente pobres, na forma da lei", conceituando-lhes como "todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

Ora, o "prejuízo do sustento próprio ou da família" dependerá do padrão de vida levado por cada pessoa no caso concreto. Em algumas situações, mesmo aquelas pessoas tidas como abastadas ou economicamente estáveis, poderão ter o seu sustento ameaçado, caso queiram ajuizar dada pretensão, tendo em vista as custas processuais serem proporcionais ao valor da causa.

O juiz verdadeiramente consciente de seu papel social deve permitir e impulsionar o acesso à justiça, de forma efetiva aos jurisdicionados, sem distingui-los por sua condição econômica, pois os critérios definidos em lei para classificar aqueles que podem dos que não podem arcar com os ônus processuais são muito relativos.

Ao pagar os impostos e cumprir com suas obrigações perante o Tesouro e a Fazenda Pública, o

contribuinte, seja ele rico ou pobre, já está custodiando a manutenção e a prestação da Justiça, de modo que, quando necessita desse serviço público, não pode ser taxado novamente, sendo tributado duas vezes por um mesmo fato gerador.

Nos termos da legislação atual, o cidadão de classe baixa, média ou alta, que deseja levar a sua causa ao conhecimento do Poder Judiciário precisa necessariamente arcar com as despesas consistentes em custas, taxas, emolumentos, honorários advocatícios e demais selos que houver, porquanto não lhe foi dado o acesso gratuito e integral à justiça.

Aos que se enquadrem na situação definida como de "pobres na forma da lei", dá-se a isenção do pagamento de taxas, custas e demais ônus, fazendo-se a assistência profissional por meio dos defensores. No entanto, mesmo para essa classe, a garantia constitucional é utópica, porquanto as Defensorias estão abarrotadas de serviço e não possuem estrutura suficiente para atender as demandas no tempo e na forma corretas¹².

Ao procurar os defensores, os cidadãos precisam aguardar pauta para serem atendidos e isso quase sempre demanda vários meses, fazendo que o seu interesse perca o sentido em razão da demora e do mau preparo de certos defensores, visto que o excesso de trabalho e os maus salários quase sempre os impedem de ter acesso a bons cursos de aperfeiçoamento e de estruturarem-se melhor para o desempenho de seu *munus*. Em alguns Estados sequer existe Defensoria Pública instituída, o que inviabiliza por completo o acesso à justiça.

Os doutrinadores modernos começam a acordar para essa realidade, ouvindo-se cada vez mais vozes libertárias clamando por acesso livre e gratuito à justiça.

Um dos primeiros estudiosos a vislumbrar essa questão é Roberto Rosas, que, em uma moderna obra de Processo Constitucional¹³, assim se manifesta:

Se a Constituição assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição (art. 5º., XXXIV, "a"), não se admite a sua exigência para o ingresso na justiça (taxa judiciária) ou pagamento para o andamento da demanda

12- Uma solução encontrada na modernidade tem sido o convênio com as faculdades de Direito que, em parceria com o Poder Judiciário, instituem serviços de Assistência Judiciária Gratuita, utilizando-se para tanto dos próprios estudantes e estagiários de Direito.

13- Roberto Rosas. *Direito Processual Constitucional. Princípios Constitucionais do Processo Civil*, 1999.

(custas). A justiça é serviço público indispensável e essencial e deve ser posto à disposição de qualquer pessoa, como ocorre no caso de assistência pública, polícia, bombeiros etc.

Defendendo a gratuidade absoluta do acesso ao Judiciário, independentemente da classe social do beneficiário, Roberto Rosas conclui que

O pagamento das custas deve ser repensado, para excluí-lo" para que o obstáculo financeiro não sirva de impedimento ao ingresso em juízo. Segundo ele, "a justiça é dever do Estado, e aqueles que discutem a dimensão do Estado, e suas funções, incluem a Justiça como digna do enquadramento neo-liberal na exclusividade estatal.

Edmundo Lima de Arruda Jr.¹⁴, ao analisar a questão da crise que assola o Poder Judiciário, sugere uma série de mudanças as quais considera "óbvias", dentre elas, a gratuidade do acesso à justiça.

Em verdade, a gratuidade absoluta do acesso à Justiça se impõe como uma necessidade urgente, pois além de a exigência do pagamento de custas e emolumentos dificultar o exercício dos direitos individuais e coletivos, ainda gera o descumprimento de preceitos constitucionais.

A simples análise de dois princípios constitucionais leva à conclusão de que existe flagrante divergência entre o texto constitucional e a legislação ordinária.

Trata-se do princípio da função jurisdicional e o princípio do acesso à justiça. De um lado, o

princípio da função jurisdicional, expresso no art. 5º, XXXV da Constituição da República, exige que todos os feitos sejam submetidos ao Poder Judiciário, independentemente das condições das partes ou da lide. Por outro lado, o princípio do acesso à justiça, expresso na legislação processual civil (Lei n. 1.060/50) e na própria Constituição (art. 5º, LXXIV), impõe o dever de permitir o acesso integral e gratuito apenas àqueles que se adaptem ao texto legal. Assim, a lei processual que limita o acesso à justiça aos "reconhecidamente pobres" es

14- Edmundo Lima de Arruda Jr., *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*, p. 66.

taria restringindo uma garantia constitucional que prevê que todas as lesões a direito serão necessariamente submetidas ao Poder Judiciário.

Para resolver esse embate aplica-se o princípio da proporcionalidade, de onde resulta o dever de o acesso à justiça ser estendido a todos, sem distinções e discriminações. É verdade que existe previsão de que o acesso à Justiça se dê apenas aos "reconhecidamente pobres na forma da lei". Mas por outro lado, há previsão também de que todos os feitos sejam submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Logo, se a parte tem o dever de levar a sua causa ao Poder Público, este tem o dever de promover meios para que as partes não se acovardem perante o órgão e efetivamente ingressem em juízo para solucionarem seus conflitos de forma legal. Não se pode aceitar limitações a esse direito e, portanto, há que se fazer valer a garantia constitucional, suprimindo a exigência atual.

Ao se clamar por Assistência Judiciária Integral para todos, logicamente não se está incluindo os serviços advocatícios, posto que estes constituem serviço autônomo, prestado por profissional devidamente habilitado, o qual faz jus ao recebimento de seus honorários, na forma contratada, nem que para isso o Estado precise ressarcir o profissional, como ocorre na Alemanha e na Inglaterra¹⁵.

Ademais, embora o advogado preste serviço público indispensável à administração da justiça¹⁶, seu ministério é amparado por estatuto próprio e a sua contratação depende sempre da vontade da parte, constituindo verdadeiro contrato bilateral e sinalagmático, do qual decorre naturalmente a obrigação de remuneração. Aos hipossuficientes sempre seria garantida a representação por meio da Defensoria Pública, de modo que contrataria advogado particular aquele que pudesse arcar com as despesas honorárias.

Isentando-se as custas, taxas e demais despesas que entravam o acesso à justiça, seria o caso de o Poder Público investir na estruturação das Defensorias, melhorando os salários e as condições de trabalho dos defensores, para que tenham condições e segurança para prestar um serviço eficiente e de qualidade, em que pese a gratuidade.

15- Mesmo no Brasil, há previsão nesse sentido, sempre que o advogado seja nomeado para atuar dativamente no feito. No entanto, ordinariamente, a função de assistir aos necessitados cabe à Defensoria Pública.

16- Lei 8.906/94, artigo 2º, § 1º.

Conclusão

A Assistência Judiciária Gratuita é um dos maiores anseios da sociedade indefesa e desprovida de recursos para adentrar aos foros judiciais.

Com efeito, a cobrança de taxas, emolumentos e custas judiciais representam verdadeiro entrave à defesa de direitos, uma vez que a parte hipossuficiente prefere abdicar de seu direito para não ter que adiantar despesas que sabe não possuir.

Com a evolução do pensamento garantista de Luigi Ferrajoli, que prega que os direitos fundamentais são a base do Estado de Direito, a sociedade tem clamado por efetividade nas normas e na aplicação do direito, culminando com a criação de programas e operações voltados para a

abertura do sistema e do Poder Judiciário, bem como a isenção de despesas forenses.

Em verdade, o texto constitucional tem muito do garantismo pregado por Ferrajoli, porém esse garantismo vai se perdendo na norma infraconstitucional, culminando com o descumprimento dos princípios norteadores do estado de direito.

Como resposta a essa situação caótica, a doutrina, a jurisprudência e o próprio legislador têm encontrado saídas para que o direito promova a Justiça e não descambe para a barbárie. Assim, a todo instante se vê a promulgação de leis prevendo a tramitação e ingresso em juízo sem a cobrança de taxas e custas processuais, a promoção de mutirões e "Operações Justiça Rápida", "Móvel" ou "Itinerante", a isenção de taxas e emolumentos para a prestação de serviços, dentre outras.

Indubitavelmente está se vivendo a era do garantismo, pois nunca se viu tantos direitos esculpidos no texto legal e nunca se viu tanta efetividade a esses mesmos direitos, a começar pelo principal deles, que é o efetivo ingresso ao Judiciário e aos demais órgãos.

Assim, considerando essa mudança social e jurídica, a sociedade e em especial, os profissionais do direito, devem manter-se alerta e conscientes, de modo a se adaptarem às novas exigências e aos novos rumos do direito.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Lélio Rosa de. *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARRUDA JR, Edmundo L. de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. Ensaios sobre o Direito numa sociedade de classes. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

_____. *Direito Moderno e Mudança Social. Ensaios de Sociologia Jurídica*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. Coleção Elementos do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição Federal da República do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GALLIANO. A. Guilherme. *O Método Científico. Teoria e Prática*. São Paulo: Harbra, 1979.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HERKENHOFF, João Batista. *Direito e Utopia*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Como Aplicar o Direito*. À luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

PINTO, Robson Flores. *Hipossuficientes. Assistência Jurídica na Constituição*. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições Alternativas de Direito Processual*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional. Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

O PROCESSO MONITÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO

Neuza Ap. Donato dos Santos

Advogada, Juíza de casamentos em Rubiácea SP, Juíza conciliadora no Juizados Especiais Cíveis de Guararapes/SP, Pós-graduada *lato sensu* em Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Penal e Direito Penal Econômico pelas Faculdades Integradas Toledo; Mestranda em Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas Toledo; Aluna-ouvinte de Direito Internacional Público na Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Pesquisadora da Escola Superior de Direito Constitucional de São Paulo do Grupo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares sobre o Poder (GEPIP) e do Núcleo de Pesquisas (NEDUC) e do Grupo de Estudos Constitucionais(GEC).

1. Introdução

A Comissão Presidida pelo Min. Sílvio de Figueiredo Teixeira apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 3.805/93, convertido na Lei n. 9.079 de 14 de julho de 1995, que introduziu a Ação Monitória, acrescentando no final da parte que disciplina os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, os arts. 1.102 e seguintes no Código de Processo Civil, atendendo às exigências dos fenômenos sociais e da urgência em minimizar ou atenuar os males que determinam a morosidade da prestação jurisdicional.

A ação monitória é um remédio processual destinado à pronta tutela do credor amparado em prova escrita de dívida, desprovida de executividade, pela qual se possibilita a formação de título executivo sem prévio processo de cognição.

Assim, a Lei n. 9079, de 14.7.95, assegurou o mecanismo monitório documental, abreviou o percurso processual para a conclusão e eficácia do título executivo.

Essa inovação trouzida exterioriza uma das manifestações de sumarização do procedimento e a adoção do procedimento monitório, promovendo uma simplificação e maior objetividade na obtenção do título executivo.

2. Origem e evolução histórica

Não se trata de instituto novo, mas de restauração de antigas formas de processos sumários.

Os romanos conheciam a técnica da *summaria cognitio*, em que a cognição era sumária, examinando tão-somente os pressupostos de fato, concedendo-se ou denegando-se o interdito postulado. Deferido o interdito, ou a ordem era acatada, pondo fim à controvérsia; ou a parte interessada se defendia, provocando a instauração de um procedimento ordinário.

A execução sempre se fazia mediante a *actio iudicati*, em que o credor, que não obtivera a satisfação da *obligatio iudicati*, pelo condenado, requeria a *manus injectionem* (execução sobre a pessoa do devedor), que posteriormente passou para a execução sobre o patrimônio do devedor.

Na época medieval, no direito *romano-canônico*, o procedimento ordinário era todo escrito, lento e formal e diante do número crescente de processos, passou-se a admitir procedimento *simpliciter, breviter*.

A partir das duas bulas do Papa Clemente V, *Saepe Contingit* (1306) e *Dispensiosam* (1311), estabeleceu-se como regra a *cognitio summaria*, procedimento oral e breve, que foi recepcionado pelas legislações leigas.

Ainda na idade média surgiu o procedimento monitório, como cognição sumária, para propiciar a instauração rápida do processo de execução.

Assim, através de movimentos, o sistema de direito romano-germânico, o qual continha obras derivadas da fusão dos textos canônicos e *justinianeus*, foram criando diplomas com feições próprias, a lei das Sete Partidas no Reinado de Alfonso em 1265.

Com todo esse espírito renovatório surgiu no século XIV, através das obras de Baldo, de Paolo e outros, procedimento do *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, com a abreviação da duração dos processos.

O juiz ficava autorizado a emitir em favor do credor e sem prévia citação do devedor, ordem de pagamento envolvendo pequenos créditos (o *mandatum de solvendo*), que permitia a execução, mas essa ordem deveria vir acompanhada da cláusula justificativa, ou seja, a de que o devedor, querendo opor defesa, deveria fazê-lo dentro de um certo tempo. Apresentando a oposição ao *mandatum*, este tinha sua eficácia tolhida.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, nesse tipo de procedimento, os limites da cognição judicial emergem reduzidos: o credor que não portava título executivo, solicitava ao juiz a emissão do *mandatum de solvendo cure clausula iustificativa*. Se entendesse que concorriam os pressupostos, o juiz deferia, in *limine litis*, uma ordem dirigida ao devedor para que pagasse ao credor. Como escreve Chiovenda, esta ordem era acompanhada e justificada por uma cláusula (*clausula iustificativa*) segundo a qual, se o devedor desejasse apresentar exceções, poderia fazê-lo dentro de um determinado prazo. Apresentava-se, assim, ao devedor a opção de pagar e comparecer perante o tribunal para opor-se à pretensão do credor. O pagamento espontâneo colocava termo ao litígio; mas, caso ofertasse defesa, iniciava-se um processo de cognição plenária (*plena inquisitio*), sendo que o *mandatum* emitido pelo juiz se convertia em citação (*transit vim simplicis citationis*).

3. Direito comparado

O procedimento monitório também chamado de injuncional existe em diversas legislações da Europa continental: Itália (*mandado ingiunzione*), Alemanha e Áustria (*mahnverfahren*), França e Bélgica (*injoction de payer*) etc., porém, distinguem-se algumas legislações que utilizam o procedimento monitório puro; outras, o procedimento monitório documental.

O procedimento monitório puro, vigente na Alemanha, Áustria e Suíça, prescinde de prova escrita de débito, uma vez que a ordem liminar de pagamento é deferida pelo auxiliar do juiz, que analisa os pressupostos de cabimento e a verosimilhança do pedido.

A França também adota o procedimento monitório puro, porém é o próprio magistrado que defere uma *ordonnance portant injuction de payer*, em que a defesa do devedor tem o condão de transformação da ordem de pagamento em citação.

O processo monitório europeu é classificado em dois tipos: o puro e o documental.

O puro caracteriza-se pela demanda vir fundada sobre fatos meramente afirmados, mas não provados, quando pela circunstância de o provimento emanado *inaudita altera parte* ficar suspensivamente condicionado à oposição tempestiva do devedor, oposição esta que, se efetivada,

priva o provimento da possibilidade de adquirir qualquer eficácia.

O documental caracteriza-se pela circunstância de vir fundada sobre fatos provados documentalmente, ainda, de o provimento emanado *inaudita altera partes* ficar resolutivamente condicionado ao acolhimento da oposição deduzida pelo réu.

Na Itália, o processo desdobra-se em duas fases distintas:

A primeira, referente, a monitória *stricto sensu*, tem como característica ausência de contraditório e pela sumariedade entre o ajuizamento da petição inicial e a notificação ao réu do decreto de injunção, ou então, entre o ajuizamento da petição e a sua rejeição. A segunda, instaura-se com a oposição apresentada pelo réu, e desenvolve-se autonomamente, de acordo com as regras do procedimento ordinário, ou seja, caso o réu se oponha ao decreto, será observado o contraditório que é, portanto, posterior e invertido, deslocando-se a iniciativa e o ônus de provocá-lo do credor para o devedor.

Essas influências estenderam-se a Portugal, notadamente nas *Ordenações Manoelinas*, com a introdução da assinatura de dez dias ou ação decidiária, que poderia ser ajuizada pelo credor para haver do devedor quantia certa ou coisa determinada, conforme provasse escritura pública ou alvará feito e assinado.

4. O direito luso-brasileiro

O direito luso-brasileiro teve também influência das Sete Partidas. Nas *Ordenações Afonsinas* no século XV, ainda não se tratava do *mandatum*. Somente nas ordenações seguintes, as *Manoelinas* tiveram a previsão da ação de assinatura de dez dias, ou ação decidiária, que poderia ser ajuizada pelo credor para haver quantia certa ou coisa determinada, conforme provasse escritura pública ou alvará feito e assinado.

O procedimento decidiário também foi contemplado nas Ordenações Filipinas, que regulavam a vida no Brasil-Colônia e no Império.

A partir de 1850 pelo Regulamento n. 737, a ação decidiária ficou restrita às causas comerciais, passando a ser aplicada às causas cíveis por força do Decreto n. 763, de 1890.

Antes da unicidade legislativa em matéria processual, os Códigos de São Paulo (arts. 767 a 771) e da Bahia (arts. 340 a 354), por influência das ordenações (*Manoelinas e Filipinas*) adotaram a ação decidiária ou assinatura de dez dias. Tratava-se de ação sumária, destinada "ao credor por obrigação líquida e certa que não tenha a lei atribuído ação executiva". Ajuizada a ação decidiária, o devedor era citado para comparecer à audiência de citação, onde era notificado de que lhe era concedido prazo de dez dias para pagar, ou alegar e provar sua defesa por meio de embargos. Dessa assinatura de dez dias vem a denominação de decidiária ou de assinatura de dez dias. Era ação sumária, mas, apresentados embargos, tornava-se ordinária. O Código de Processo Civil de 1939 acabou com esse instituto processual.

5. Tutela jurisdicional diferenciada

A tutela jurisdicional diferenciada é utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários procedimentos, estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substanciais e que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais constitucionais.

Para obtenção de tutelas jurisdicionais diferenciadas, há a necessidade de levarmos em conta a cognição.

Temos que a cognição é uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada.

Segundo Kazuo Watanabe:¹ "Não se pode negar, todavia, a utilidade da cognição como uma técnica

para a concepção de diferentes tipos de procedimento..."

Assim, entendemos que a intensidade da cognição é de grande importância, para classificarmos as ações em ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares, pois, conforme a intensidade da cognição, é que teremos a natureza do provimento ou da tutela reclamada.

6. Natureza jurídica da ação monitória

A natureza jurídica da ação monitória é tema de grandes controvérsias. O legislador, ao instituir a ação monitória através da inclusão do Capítulo XV no Título I do Livro IV do Código de Processo Civil, tratou-a como sendo um procedimento especial de jurisdição contenciosa.

1 - WATANABE, Kazuo . Da cognição no Processo Civil. p. 36

A doutrina apresenta divergências.

Para uns, sustentam que a natureza jurídica da ação monitória é um processo de condenação, de procedimento de forma especial que antecede o mandado. Outros a entendem como uma espécie de figura híbrida, às quais tem regras de processo de conhecimento e regras próprias de execução. Conceitua-a como *tertium genus*.

Sustentam, ainda, alguns que a ação monitória representa uma declaração de cunho judicial, cuja função outra não é que não eminentemente executiva.

Para Pontes de Miranda.²

Procedimentos especiais são as ditas formas de procedimento para a obtenção da tutela jurídica quando, por algum dado de direito material, ou do documento em que se funda a demanda, ou a pessoa autora, ao legislador pareceu ser inadequada a forma ordinária ou algumas regras jurídicas. Não há razão unitária, nem, sequer, elemento convém para a especialidade. Resulta da escolha da sugestão plural de muitas razões, histórica e logicamente diferentes, e nem sempre justificáveis perante a crítica científica.

Vicente Greco Filho³ entende que:

A ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém a força executiva. Assim, apesar de estar a ação calcada entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, sua compreensão, assim como a solução de problemas práticos que apresenta, somente será possível se for tratada como se fosse um processo de execução...

2 - Comentários ao CPC, vol. XIII., P.3

3 - GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória., p. 49

José Rogério Cruz e Tucci⁴ afirma: "natureza ontológica do procedimento monitório"

Garbagnati:⁵ "... a única peculiaridade emergente do processo de natureza monitória é a de criar mais rapidamente, mediante um procedimento especial, o título executivo. Inequívoca, portanto, a sua natureza de processo de conhecimento."

Assim, entendemos que a ação monitória está diante de peculiaridades existentes na natureza do provimento jurisdicional, não se enquadrando em processo de conhecimento, nem em execução e nem, sequer, em cautelar. A sua natureza está diretamente ligada à cognição e sua importância como técnica processual. Por levarmos em consideração a celeridade e intensidade da cognição do instituto, é que o tratamos como um procedimento de tutela jurisdicional diferenciada.

7. O processo monitório brasileiro

Introduzido em nosso sistema processual civil pela Lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995, pelos arts. 1102 a, 1102b e 1102 c, §§1.º, 2.º e 3.º, é um misto integrado por atos típicos de cognição e execução e informado pela técnica da inversão do contraditório, em alguns aspectos parecidos com tantos outros que constam o sistema processual.

Dotado de uma estrutura procedural diferenciada, a cognição funda-se em prova documental unilateralmente apresentada pelo autor, torna-se plenária, se e quando o réu vier a opor embargos; omitindo-se (ou rejeitados os seus embargos), inicia-se desde logo a fase executiva, daí podendo concluir que o processo se desenvolve segundo a postura assumida pelo réu.

No processo monitório o juiz, determina *inaudita altera parte*, a expedição do mandado, contendo: a ordem de pagamento de uma certa quantia; ou de entrega de uma quantidade de coisas fungíveis; ou de entrega de coisa móvel determinada.

Essa decisão do juiz funda-se na probabilidade de existência desse direito, o qual deriva da prova documental escrita, apresentada pelo autor.

4 - CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória.*, p.53

5 - GARBAGNATI, Edoardo. *Il procedimento d'ingiunzione*, p. 20-1

A iniciativa do contraditório será exclusivamente do réu, o qual poderá opor-se ao mandado, ensejando a instauração de um processo incidente ao monitório, (o processo de embargos ao mandado), realizando-se neste a cognição plena, a qual tende a estabelecer a certeza ou não do crédito afirmado pelo autor.

O processo instaurado com o ajuizamento da demanda monitória não se confunde com o de embargos ao mandado, inicia-se com a fase postulatória (que abrange os atos de ajuizamento da demanda) para a decisória (emissão do mandado), que é a ordem judicial para que o réu, após cientificado do conteúdo do mandado, pague a quantia, ou entregue o bem determinado, ou os bens fungíveis reclamados.

Prosseguindo com a fase executiva, a qual tem início com a intimação do devedor, após convolado o mandado em título executivo judicial (CPC, art. 1102c, *caput*, parte final e § 3º) a não ser que antes disso ele tenha cumprido o mandado voluntariamente. Neste caso, ocorre a satisfação do credor, não havendo a necessidade da fase executiva, operando de plano a extinção do processo através de sentença terminativa.

Opostos os embargos pelo réu, instaura-se um novo processo incidente ao monitório, o qual suspende a eficácia do mandado.

Não opostos, ou se forem rejeitados, e obtido o título executivo, dá-se início à fase executiva, observados os procedimentos e princípios e regras estabelecidos pelo Livro II, Título II, Capítulos II e IV do Código de Processo Civil.

7.1 O contraditório na ação monitória

É uma das vigas mestras do devido processo legal, conforme a Constituição Federal, (art. 5.º, inc. LV).

No procedimento monitório o mandado de injunção é obtido *inaudita altera parte*, sendo o réu imediatamente cientificado de seu conteúdo, tendo a possibilidade de opor embargos. Omitindo-se, o mandado monitório convola-se em título executivo judicial. A inversão do contraditório não traz nenhum prejuízo para o réu, pois a oposição tempestiva dos embargos ao mandado mantém suspensa a sua eficácia executiva e impede a execução provisória (CPC, art. 1102 c). Assim, dá-se a oportunidade ao réu atendendo o devido processo legal e, na sua omissão, concede-se ao autor a tutela jurisdicional pleiteada.

7.2 As condições da ação monitória

No processo monitório, a verificação das condições da ação ficará restrita, em princípio, àquela oportunidade em que o juiz confrontando com a petição inicial, profere o chamado despacho liminar. (muito embora, possa ele a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte, proclamar a carência da ação (CPC, art.301, n. IX, e §4.º).

Deferida a expedição do mandado contra ele, restará ao réu apenas a oposição de embargos para a dedução de objeção de carência, pois a técnica do procedimento monitório não autoriza o ataque, por meio de recurso, àquela decisão inicial. Convém enfatizar que não obstante esse ato do juiz caiba na categoria de decisão, esta não comportará impugnação por meio de recurso de agravo, podendo o réu, dela científico, valer-se exclusivamente dos embargos ao mandado monitório.

Para José Rogério Cruz e Tucci⁶: "...Caso a Petição inicial esteja em ordem e com prova escrita, o juiz dará decisão, *inaudita altera parte*. A natureza dessa decisão preambular é de sentença (ontologicamente), mas só que cabe agravo. É uma sentença condenatória."

Se ultrapassado inutilmente o prazo para a oposição dos embargos pelo réu, é possível que não mais surja oportunidade para o reexame da presença das condições referidas, na medida em que o mandado se convola, de pleno direito, em título executivo judicial.

As condições da ação são: legitimidade *ad causam*, interesse de agir e a possibilidade jurídica.

Na ação monitória, podem figurar legitimamente como partes aquele que se intitule credor e aquele ao qual se atribua a condição de devedor.

Se houver solidariedade ativa e a obrigação for de pagar soma em dinheiro, qualquer dos credores estará legitimado extraordinariamente a postular em juízo, isoladamente, ou ainda, em litisconsórcio facultativo,

6 - CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*.

valendo em qualquer caso, para todos, o título executivo judicial que venha a ser obtido. (CC, art. 898).

Se houver solidariedade passiva, o autor poderá ajuizar o pedido em face de qualquer dos coobrigados (instaurando-se caso eleja mais de um dos devedores como réu, uma relação litisconsorcial também facultativa), com os desdobramentos processuais que advirão da postura assumida pelos litisconsortes.

O interesse de agir caracteriza-se pela necessidade e adequação. Sempre que o autor, afirmando o inadimplemento do réu, pretender valer-se da via monitória para obtenção da tutela jurisdicional específica.

A necessidade decorre da necessidade concreta da prestação jurisdicional almejada; já a adequação estará atendida pela própria opção do credor pela via monitória, sujeitando-se ao procedimento especial da Lei n. 9.079.

A existência da via ordinária para o obtenção da tutela condenatória não representa obstáculo à opção pela monitória, pois esta é via dotada de aptidão para a concessão da tutela jurisdicional por ele almejada.

Mas a lei faculta ao autor a opção entre a via monitória, de um lado, e a ordinária, de outro, o mesmo não se dá entre a via executiva e a monitória: enquanto a via executiva é aberta ao credor munido de título executivo (CPC, arts. 584 e 585), a segunda (monitória) exige do autor a apresentação dos documentos que não estejam revestidos dos atributos de um título executivo extrajudicial; quem dispõe desse último não tem interesse instrumental na obtenção da tutela monitória e é, portanto, carecedor da ação correspondente.

A prova documental escrita como pressuposto de adequação da tutela reclamada significa que deve ser considerado documento hábil a respaldar a pretensão à tutela monitória, para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor.

A possibilidade jurídica deve ser conceituada em termos negativos, ou seja, há impossibilidade jurídica quando o Estado sem levar em conta as características peculiares da situação jurídica concreta, nega aprioristicamente o poder de ação ao particular, seja tendo em vista a natureza do pedido ou a *causa petendi*, seja em consideração às prerrogativas das partes.

7.3 A competência para o processamento da ação

Compete à Justiça Comum Estadual o processamento da ação monitória, exceto admitir-se o seu ajuizamento pela Fazenda Federal ou em face dela (caso em que terá incidência o art. 109, inc.I, da CF), ou perante a Justiça do Trabalho (art. 114, da CF).

7.4 O mandado monitório

É uma ordem dirigida ao réu, tendo por objeto o pagamento ou a entrega de coisa no prazo de 15 dias. Não permite ataque pela via recursal, apesar de ser uma decisão interlocutória, assegurado ao réu o direito de oposição por meio de embargos.

O réu é intimado do conteúdo do mandado monitório e das consequências que poderão advir de seu descumprimento, como também citado para integrar a relação jurídica processual.

Intimado do mandado, o réu adotará no prazo, para tanto previsto, qualquer das posturas: o réu paga ou entrega a coisa no prazo (cumpre voluntariamente), apesar de não ser espontaneamente.

Extingue-se o processo e o réu fica isento de Custas e honorários; ou, o réu permanece inerte (forma o título judicial). Procede-se a Execução; ou, opõe exceções (exceto, as de incompetência relativa, impedimento e suspeição do juiz; nesse caso, requer procedimento incidental); ou o réu oferece embargos.

7.5 Os embargos ao mandado e a natureza jurídica

A oposição dos embargos pelo réu não se dará a conversão do procedimento especial para o ordinário, mas a instauração de um novo processo (processo de embargos ao mandado), que tramitará ele, sim, no rito ordinário.

Esse novo processo, de conhecimento, propiciará ao final uma sentença, que: sendo de rejeição ou improcedência dos embargos, declarará a existência do direito do autor, ficando definitivamente liberada a sua eficácia executiva; sendo de acolhimento, a sentença declarará a nulidade da decisão concessiva do mandado e expurgará ambos do mundo jurídico, ou a inexistência do direito afirmado pelo autor. Neste caso, o trânsito em julgado impede qualquer nova tentativa do autor em reclamar, por outras vias, o reconhecimento de seu suposto direito.

A natureza jurídica dos embargos ao mandado é causa de muitas controvérsias. O termo embargos tem várias acepções entre nós: ação (embargos ao devedor), recurso (embargos declaratórios), inclusive no sentido de contestação.

Garbagnati (na Itália) reconhece que o decreto de injunção dá vida a um novo processo de cognição.

Já tivemos dissenso: para uns, natureza de ação (Cruz e Tucci, Dinamarco, Vicente Greco), entre outros; para outros, simples contestação, (Clito Fornaciari Jr., e outros).

Os embargos deferidos ao réu pelo art. 1.102c do CPC, guardam similitude com os embargos à execução fundada em título extrajudicial, e têm, como estes, natureza jurídica de ação, dando vida, uma vez opostos, a um processo autônomo de conhecimento, incidente ao monitório, observados os trâmites do procedimento comum ordinário (art. 1.102c, § 2º).

7.6 Recursos e efeitos

O julgamento dos embargos é através de sentença. Cabe apelação, e o efeito?

A apelação produzirá os efeitos devolutivo e suspensivo. Não produzirá o efeito suspensivo, quando expressamente previsto em lei, conforme arts. 520 e 1184 do CPC _ a apelação não produzirá o denominado efeito suspensivo, sendo defeso ao juiz, ao receber o recurso, conceder ou negar, a seu critério, efeitos negados ou concedidos pela lei, devendo o juiz declarar os efeitos por ela produzidos. O juiz omitindo-se, entende-se que tenha recebido em ambos os efeitos.

A Lei n. 9079, de 14. 7.95, silencia a respeito.

Antônio Carlos Marcato⁷ entende que:

7 - MARCATO. Antônio Carlos . *O processo Monitório Brasileiro*. p.109.

... diante da natureza dos embargos ao mandado e do escopo do processo monitório, a aplicação, por analogia, do contido no n. V do art. 520 do CPC também para a apelação interposta contra a sentença de rejeição dos embargos. A apelação será sem efeito suspensivo.

Para outros, duplo efeito.

8. Ação monitória contra a Fazenda Pública

Há sérios óbices à utilização da via monitória em face da Fazenda Pública, entre eles, destacando-se a impossibilidade de a mesma cumprir voluntariamente o mandado monitório sem expressa autorização legal e a ausência, no que ela diz respeito dos efeitos decorrentes da não oposição dos embargos ao mandado.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci:⁸ "...seria um remédio indicado para o credor, portador de título extrajudicial, pudesse obter, em espaço temporal abreviado, título judicial contra a Fazenda, não fossem inúmeros obstáculos de dupla natureza: processual e material..."

Antônio Carlos Marcato⁹ sustenta:

... o réu é cientificado e cumpre mandado. Mas a Fazenda não pode assumir este comportamento. A Fazenda não pode cumprir voluntariamente o mandado...

...

...é absolutamente pacífico o entendimento da jurisprudência e da doutrina, entretanto, de que a Fazenda Pública não sofre os efeitos da revelia...

...Ingressa-se em juízo com uma ação monitória e a Fazenda Pública embarga, fazendo com que se caia na vala comum do processo de conhecimento. E se essa é a única possibilidade em se tratando de Fazenda Pública, então que se

8 - CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*, p. 74

9 - SUNDFELD, Carlos Ari e SCARPINEILLA BUENO, (Coordenadores) . *DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO: A FAZENDA Públca em Juízo*, p. 210-11

acione a Fazenda de uma vez pela via tradicional. Isto é, no fundo estes embargos representam nada mais nada menos do que a ação da via tradicional..."

Assim Marcato¹⁰ acaba por concluir:

São essas razões, em suma, que me fazem descartar a utilização da via monitória em relação à Fazenda Pública. Por quê? Porque sua utilização é despedida de qualquer efetividade, alheia à própria razão de ser do próprio processo monitório. Gostaria, repito, de sustentar o contrário. O particular poderia obter rapidamente títulos em relação à Fazenda sem ter de se submeter ao calvário da emissão dos precatórios e todos os problemas daí derivados. Mas não é, penso, o que deflui do sistema constitucional e do processual civil.

Assim, entendemos que das possibilidades da ação monitória contra a Fazenda Pública, apenas uma pode ser viável, o que descaracteriza a efetividade e a celeridade da ação monitória contra a Fazenda Pública.

9. Conclusão

O processo destina-se ao acesso efetivo à Justiça e principalmente à obtenção das tutelas jurisdicionais diferenciadas.

O documento hábil será somente na forma escrita e que tenha aptidão para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor.

A Lei n. 9.079, de 14 de julho, permite a antecipação na formação do título executivo, possibilitando a obtenção de um provimento judicial *inaudita altera parte*, que se traduz no mandado monitório, com contraditório eventual e deferido, ficando a cargo do réu provocar, mediante a oposição de embargos, a instauração de processo de cognição plena.

10- SUNDFELD, Carlos Ari e SCARPINEILLA BUENO, (Coordenadores) . *DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO: A FAZENDA Pública em Juízo*, p. 211.

Essa importante inovação na legislação brasileira tem por finalidade a celeridade e a efetividade do processo, tornando o acesso à ordem jurídica justa, de forma a cumprir o escopo do processo, pois aquele que tem documento hábil sem eficácia de título executivo poderá ter o acesso à justiça e o direito à tutela jurisdicional pleiteada, desde que preenchidos os requisitos. Assim estamos diante de uma ação, a qual está inserida em um Processo Civil de Resultados.

10. Referências bibliográficas

- CAHALI. Yussef Said. (Organizador). *Coleção RT mini códigos. (Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal)*. 5. edição, São Paulo: RT, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.1. Campinas: Bookseller, 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Campinas: Bookseller, 1999
- CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. V.1.Campinas: Bookseller, 1999.
- CARREIRA ALVIM, J.E. *Procedimento Monitório*. 3. edição, Curitiba: Juruá, 1995.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo 2. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FIUZA. Cesar.(Coord.) *Direito Processual na História*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- FORNACIARI JR. Clito. *A Reforma Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARBANATI, Edoardo. *Il procedimento d' ingiunzione*. Milão: Giuffré, 1991.
- GRECO. Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GRECO FILHO. Vicente. *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MARCATTO, Antônio Carlos. *O Processo Monitório Brasileiro*. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. edição. São Paulo: Malheiros

Editores, 2000.

NEGRÃO. Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

NERY JR. Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3. ed. São Paulo, 1997.

PARIZATTO, João Roberto. *Da Ação Monitória*. 2. edição, Leme: Editora de Direito, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari e SCARPINEILLA BUENO, (Coordenadores) . *DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO - A Fazenda Pública em juízo*. 1. edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

WATANABE, Kazuo . *Da cognição no Processo Civil*. 2. edição, Campinas: Bookseller, 2000.

A EDUCAÇÃO JUDICIAL NO SÉCULO XXI

José Renato Nalini

Juiz Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

Preocupação permanente de todos os que militam na Justiça, é aperfeiçoar as fórmulas de recrutamento dos juízes e dos demais operadores do direito, dentre os quais os servidores do Judiciário.

As reflexões que seguem servem a todas as profissões, mas surgiram com o intuito de alavancar a saudável idéia de uma Escola da Magistratura e de funcionários da Justiça, pioneiros que o século XX ofereceu e que ainda não foi adequadamente implementado.

Tem sido truismo a proclamação de que o profissional do século XXI pouco lembrará o deste milênio. Profissões estão morrendo, outras emergindo e a constatação mais óbvia é a de que, enquanto o pensamento detecta essa realidade, as efetivas mudanças na educação estão tardando a são excessivamente tímidas. A Escola Brasileira ainda prepara o estudante para uma vida industrial que já não mais existe.

O profissional do amanhã precisa ser polivalente, multinacional, alerta e curioso. Estão sendo revisadas as habilidades, pois as atuais nem bastam à subsistência, nem são hábeis a tornar o trabalhador realizado. Por sinal que já se substituiu o perfil do profissional pronto e acabado. Ele precisa continuar a ser um aprendiz, com o interesse voltado ao projeto infindável e sua formação. A preocupação com o projeto educacional de uma pessoa deveria começar um século antes de seu nascimento e hoje é uma *endless task*¹. Observa Gilberto Diemenstein que:

A crescente pressão competitiva, movida a globalização e inovação tecnológica num ritmo inédito, tornou indeferenciados os limites entre educação e trabalho. Essa indeferenciação produziu o conceito vital de produção de conhecimento,

1 - Tarefa que não tem fim.

transformado em uma meta educacional: a aprendizagem permanente _ *lifelong learning*².

Como transformar o padrão de ensino brasileiro, ontem voltado ao mercado e hoje convertido em mercado, no estimulador das vocações individuais? Essa missão não pode ser confiada ao próprio mercado. De quem Octavio Paz afirmou, em 1992:

O mercado, cego e surdo, não aprecia a literatura e o risco e não sabe como escolher. Sua censura não é ideológica: ele não tem idéias. Ele sabe tudo sobre preços, mas nada sabe sobre valores"³. Somente a lucidez ética poderá contribuir para a formulação de um novo perfil de profissional, que se pretende empreendedor, perspicaz, criativo, dinâmico e dotado de capacidade de análise. Com ênfase para a cultura humanística, muito além do mero treinamento técnico, por envolver "boa comunicação somada ao conhecimento geral⁴.

Não há receitas prontas, nem remédios infalíveis. A contribuição para este debate resumir-se-á em reflexão sobre as metáforas do profissional do futuro⁵. As características mais desejáveis nos executivos internacionais receberam, com objetivo didático, uma denominação representada por uma metáfora que exprimisse, o melhor possível, cada conjunto de atributos.⁶

2 - Gilberto Diemenstein, "Qual será o perfil do trabalhador empregado no futuro?", in "O colapso do trabalho", Folha de São Paulo de 1º de maio de 1998.

3 - Octavio Paz, artigo para o New York Times em 1992, in "Escrever era maldição e benção para Octavio Paz", New York Times, tradução de Ruth Helena Bellinghini para "O Estado de São Paulo" de 26.4.1998.

4 - Luiz Gonzaga Bertelli, "Os profissionais do século 21", Folha de São Paulo de 22.4.1998.

5 - Essa pesquisa às professoras Robin Ely, da John Kennedy School of Government e Janice Mccofrmick, da Harvard Business School. Tem sido divulgada no Brasil pelo Prof. Dr. Luiz Carlos Cabrera, sócio e consultor da empresa recrutada de executivos e professor da FGV, co-autor do livro "Transição 2.000 – Tendências, Mudanças, Estratégias". Com algumas adaptações, dessa comunicação se extrai a presente análise.

6 - Foi acrescentada uma última, a metáfora do poeta, por se considerar apropriada ao tema do Congresso e, ainda, por refletir a preocupação com a formação humanística do profissional do futuro milênio.

As metáforas do profissional do século XXI podem ser enunciadas como: o navegador, o alpinista, o viajante, o malabarista, o empreendedor e o poeta.

O navegador

Essa figura exprime a evolução do navegador das caravelas ao astronauta, em quinhentos anos de História. A metáfora indica a percepção da necessidade de atualização tecnológica do navegador, em função da complexidade das viagens e a clara evidência de que é preciso dominar os instrumentos de navegação disponíveis. Não há como deixar de mencionar a analogia com a navegação pela Internet e outras infoviás ou redes interligadas.

Suas características são:

Não perde o norte

Evolui da observação das estrelas ao desafio das viagens por entre as estrelas

Sabe especificar e usar os instrumentos

Avalia e define rotas alternativas

Define quando é melhor parar ou navegar

Comunica com clareza sua posição

O alpinista

O alpinista foi escolhido para representar tal conjunto de competências por ser o esportista que, ao colocar sua vida em risco a cada empreitada, trabalha com alto grau de eficiência e de eficácia, sempre estimulado pela visão da conquista que lhe impulsiona e que o faz, após a façanha realizada, sonhar de novo e arquitetar sua próxima escalada.

Destacam-se, no conjunto de atribuições que recebeu a metáfora de alpinista, os seguintes caracteres:

Seu projeto começa a partir de uma visão de mundo

Define claramente missão e objetos

Planeja com detalhes sua escalada

Avalia riscos, alternativas, condições ambientais e climáticas

Planeja recursos, instrumentos e equipe

Toma decisões conscientes

Trabalha com eficácia as relações de custo/benefício

Tem sempre em mente o objetivo final, sem perder de vista as fases intermediárias

Trabalha em equipe, para a equipe e com a equipe

O viajante

Não é a metáfora mais fácil a ser atingida. Pois existem profissionais que vivem isolados em seu universo, enquanto a competitividade global, a necessidade de uma polivalência cultural, obriga todos a uma abertura para novas culturas, novos hábitos e costumes. Isto é mais urgente no Brasil, com suas diversidades regionais, até com exercício para abrir-se diante de um planeta cada vez menor e mais acessível e que, além da globalização, submete-se a outros processos de integração regional.

O viajante é marcado pelo que segue:

Aprende em cada viagem

Interessa-se por estudar e entender outras culturas

Prepara a educação da família para uma vida mais cosmopolita

Aproveita cada viagem como um aprendizado

Está sempre de malas prontas

O malabarista

É considerada a metáfora mais polêmica. A organização clássica, racional, cartesiana, sempre criticou aqueles que faziam várias coisas ao mesmo tempo. Falta de foco, falta de sentido de prioridade, desorganização e outras críticas eram constantes àqueles que desenvolviam uma somatória de atividades simultâneas.

As exigências contemporâneas, com uma organização horizontal e a redução de níveis hierárquicos, fazem com que o profissional tenha perfil de malabarista, com alta flexibilidade e agilidade. Ele deve se notabilizar porque:

Consegue manter os doze pratinhos rodando

Tem propriedade de trabalhar com diversas atividades simultâneas, sem perder noção de prioridade

É flexível

É ágil

Está em constante aprimoramento

O empreendedor

O profissional do século XXI tem de ter nítida noção de conjunto, característica das modernas

estruturas organizadas por processos, não mais por funções e voltadas à satisfação do destinatário de sua atuação.

Outro conjunto de caracteres que se aglutinaram sob esse perfil empreendedor, foi aquele relacionado à competência em gerir, motivar, unir e trabalhar com pessoas. São as pessoas que formam o capital intelectual, recurso que mais precisa de atenção hoje em todos os ramos de atividade humana.

O perfil empreendedor ostenta o seguinte grupo de competências:

Tem clara noção dos riscos

É um aglutinador de pessoas

Tem profundo interesse pelo gênero humano

É persistente e perspicaz

Trabalha e decide com variáveis não dominadas

Transita bem nos ambientes pluralistas e multiculturais

O poeta

De pouco adiantará ao profissional do século XXI ser alpinista, navegador, viajante, empreendedor e malabarista, se não for também um ser sensível, caracterizado metaforicamente por um poeta.

A média ponderada dos cinco primeiros perfis se completará com a sensibilidade. O profissional precisa estar atento à realidade circundante. Significa isso que:

Usa a intuição como instrumento de gestão

Está preocupado com o fenômeno da exclusão

Sente-se solidário com os demais semelhantes

Sente-se capaz de tornar a vida do próximo mais digna e mais humana

Essa a tarefa da educação no próximo milênio: formar seres humanos dotados de inteligência sensível e de integridade humanística. Seres humanos normais, na definição de Freud _ "se você é capaz de amar e trabalhar, de se relacionar com os outros, você tem as bases da humanidade"⁷

O operador jurídico brasileiro dispõe de conhecimento técnico e os concursos de recrutamento são bastante severos. Todavia, ainda se omite as instituições no treino ético, na apuração vocacional, na aferição da capacidade de trabalho e, principalmente, no detectar as qualidades humanas desse insubstituível profissional.

Possam todos os preocupados com o futuro da Justiça contribuir nesse debate e, mais do que isso, na implantação de projetos que, concretizados, venha a servir de paradigma para este imenso continente ainda à espera da instituição de seus sonhos.

7 - Hanna Segal, in "A dama da Psicanálise", entrevista a Dorrit Harazim, Veja, edição 1543, ano 31, n. 16, de 22.4.1998, p. 13.

ACESSO A CORTE SUPREMA E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Clodoaldo José Aizzo

1. Introdução

" O direito nasce com os movimentos, com os fatos sociais."

Dr. Vulmar A. Coêlho Júnior

As dificuldades no acesso à Justiça e à lentidão no julgamento definitivo têm sido objeto de críticas e preocupações não só dos principais protagonistas dos processos – os juízes, os advogados e os membros do MP -, mas também e, sobretudo, dos seus destinatários: as partes e os cidadãos e cidadãs brasileiros. O estado democrático de direito não se realiza plenamente sem um judiciário independente, mas também, sobretudo eficaz, que promova efetivamente o cumprimento da Constituição e das leis do país, assegurando a credibilidade do sistema jurídico. Há, sim, necessidade preemente de modernizar o Poder Judiciário, aparelhando-o com os meios materiais e os recursos humanos necessários, e eliminando-se anacronismos legislativos e administrativos que geram a lentidão na prestação jurisdicional e o acúmulo de processo ".

Geraldo Brindeiro

Procurador da República

O tema institucional, abordado pelo eminentíssimo Doutor Geraldo Brindeiros, publicado no jornal Correio Brasiliense, enfocando a atual situação do Poder Judiciário, retrata como a mais pura e cristalina realidade da Justiça Brasileira. Tal declaração cai como uma luva ao tema que nos propomos a adentrar, desta abordagem, e sob alguns aspectos (interna e externa *corporis*), a atuação que se infere no contexto jurídico e os esforços inovadores e criativos, dispendidos para tentar mudar toda esta atipicidade.

Para levar adiante esta empreitada, iremos abordar como tema central, por ser a primeira das iniciativas, com os olhos voltados para as alterações que culminaram com a Reforma do Código de Processo Civil de 1998, e as consequências diretas do acesso à Corte Suprema, particular e diretamente ligado ao recurso constitucional denominado de extraordinário.

No Brasil de hoje, na era da aldeia global, ainda com fortes tendências neo-liberais, podemos distinguir e ressaltar alguns movimentos sociais de ordem internas e outros de ordem externa, que exercem diretamente fortes influências como um todo em nosso meio, o primeiro, dignos de serem vistos com respeito, possuem objetivos claros voltados eminentemente ao social, demonstrando que o país de hoje, acaba se tornando mais crítico, mais organizado e mais inquiridor de si mesmo. O segundo de ordem externa, dentro desta realidade da economia globalizada, volta-se, com o apoio maciço da mídia, exigindo além da adaptação uma maior sintonia à realidade e à segurança da economia internacional, dentro destas exigências, pugnam, além de um estado financeiramente forte por um sistema jurídico que permita dar uma maior segurança aos empresários e investidores externos, mesmo que seja em detrimento das instituições públicas e dos direitos constitucionalmente garantidos.

As opiniões de um modo geral, bem como as mais fortes cobranças, estão dirigidas atualmente para as próprias instituições estatais, exigindo além da transparência desempenho e finalidade. E a crise central que, antes era apenas localizada no Executivo e Legislativo, acabou transbordando e de roldão envolveu conjuntamente o Poder Judiciário (fim da caixa preta), em toda as suas instâncias, colocando-nos numa situação muito delicada perante a opinião pública.

Em 05 de outubro de 1988, entrou em vigor a Constituição Federal, denominada de constituição cidadã, trazendo várias inovações, dentre elas podemos destacar o princípio da garantia do acesso à justiça: art 5º, inc. XXXV, e também criando novas ferramentas jurídicas processuais, nas várias instâncias recursais e instituindo novas competências.

Com o decorrer dos anos, o que se apercebeu foi que ocorrerá uma verdadeira avalanche recursal, donde o estrangulamento jurídico acabou inevitável, no limiar do horizonte pairava um futuro incerto e ameaçador onde o colapso institucional rondava perigosamente dia após dia à Corte Suprema. Tratava-se, pois, de uma questão de sobrevivência, foi assim que somando esforços, alguns Ministros dos Tribunais Superiores, digamos "Iluminados", realmente preocupados e engajados com a causa institucional, derão início a um trabalho sério, idealizado e planejado meticulosamente que executado, com o apoio dos Parlamentares, fez-se aprovar a Lei n. 9756/98, conseguindo dar naquele momento um certo alívio, nascendo uma esperança em manter viva a chama da Justiça, mantendo incólume as prerrogativas constitucionais.

Desta soma de esforços, obtendo até certo ponto resultados positivos, podemos identificar como sendo o fator que possibilitou, o primeiro grande movimento, um marco histórico tanto a nível institucional como processual, na busca de alternativas e soluções práticas, de novos instrumentos jurídicos e perspectivas inovadoras, cuja finalidade além de primar pela prestação jurisdicional, de outra sorte procurou dar uma satisfação a toda a sociedade diante de tamanha cobrança.

Mesmo com a situação e as exigências suscitadas pela lei infra-constitucional, instituindo os novos instrumentos controladores de acesso à Corte Suprema, o Pretório Excelso tornou-se uma porta aberta a estes milhares de operadores do direito, que se aperceberam; e continuamente vêm fazendo uso de expedientes prograstinatórios, denominados de recursos negatórios, que, em detrimento da eficácia jurídica da sentença do juízo de primeiro grau, prima pelos efeitos suspensivos e a longa demora dos litígios. O acesso facilitado de um lado, acabou demonstrando a realidade do outro, ou seja, a falta de uma estrutura organizacional adequada e condizente com a nossa realidade, que fosse auto-sufficientemente apropriada para corresponder a tamanha expectativa verificada na demanda recursal.

Outro sério problema, uma causa de ordem interna, que depõe a favor deste estrangulamento jurídico, que coibe o acesso ao Supremo Tribunal Federal, independentemente dos requisitos processuais obrigatórios, podemos apontar que está localizado na fragilidade da sua atual estrutura organizacional - apenas 11 Ministros - que, diante da realidade em que nos encontramos, tem dado mostra de ser totalmente insuficiente.

As dificuldades geográficas e o tamanho deste país continental, somada à excessiva burocracia cartorária, excesso de carimbos e papéis, instituídas e exigidos dentro dos Tribunais, seriam o que poderíamos identificar como as causas sociais indiretas, que estariam além do nosso tema de abrangência, mas que em tudo demonstra o quanto continua sendo ária esta questão de acesso e morosidade da Justiça no Brasil, antes mesmo da provocação estatal, antes da formação da lide.

O tema nuclear, albergado nesta matéria jurídica, ficará delimitado ao Recurso Extraordinário Constitucional, como instrumento de acesso à Justiça, bem como sua contribuição dentro do atual sistema brasileiro, na prestação e efetividade jurisdicional.

2. A reforma do Código de Processo Civil

" A história da humanidade pode ser retratada como um rio que sempre está em constante movimento e em transformação."

HEGEL

A máxima do grande filósofo alemão, demonstra o quando o tempo do direito - norma jurídica - necessita estar em sintonia, acompanhando as mudanças, os grandes movimentos sociais que nos cercam, atualizando-se cada vez mais.

Após 20 anos de frustradas tentativas, vem o Código de Processo Civil de 1973 sendo

substancialmente alterado por leis setoriais, como se deu com as Leis n. 8038/90 (STF/STJ), n. 8.455/92 (perícia), n. 8.710/93 (citação e intimação), n. 8.898/94 (liquidação), n. 8.950/94 (recursos), n. 8951/94 (consignação e usucapião) n. 8.952/94 (processo de conhecimento), n. 9.139/95 (agravo) e n. 9245/95 (procedimento sumário).

Com a iniciativa do Superior Tribunal de Justiça e com o apoio do Legislativo, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, contando com a contribuição do movimento reformista, o Executivo fez aprovar o projeto que resultou na Lei n. 9.756/98, a introduzir significativas mudanças no sistema recursal vigente e no acesso a Corte Suprema.

Com o advento da nova Lei, que dispõe sobre os recursos no âmbito dos tribunais alterou, no Código de Processo Civil, os arts. 120, parágrafo único; 481, parágrafo único; 511 §§ 1º e 2º; 542, § 3º, 544, § 3º, 545 e 557, todos da Lei n. 5869/73.

Aprovada à vésperas do recesso do Congresso Nacional, mais precisamente no dia 17 de dezembro, segue o mesmo caminho das anteriores, de que são épocas propícias a adaptação de toda a comunidade jurídica e também de leis que modifiquem profundamente o Código de Processo Civil, mas desta vez sequer foi observada a *vacatio legis* de quarenta e cinco dias de outros diplomas, pois suas modificações entraram em vigor no dia de sua publicação ou seja, 18 de dezembro de 1988.

A finalidade e o objetivo proposto deste novo diploma processual podemos destacar:

- a) tornar mais ágil o sistema recursal, quer ao adotar-se a modalidade retida dos recursos extraordinário e especial, quer ao simplificar e coibir os excessos de ínole procrastinatória, quer ao ampliar os poderes do relator;
- b) dar mais eficácia às decisões emanadas dos Tribunais Superiores, nestes incluído o Supremo Tribunal Federal, valorizando a jurisprudência súmulada uniforme ou dominante;
- c) simplificar o controle da constitucionalidade das leis, valorizando, inclusive, as decisões do Supremo Tribunal Federal e dando-lhes, de forma indireta, efeito vinculante (CPC, art. 481, parágrafo único).

Voltado ao tema proposto e um dos pontos altos da lei, o § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, aí introduzido pela mencionada Lei, com a redação seguinte:

"§ 3º O Recurso Extraordinário, ou o Especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para contra-razões". (sic.) grifo nosso.

Com a nova regra, em verdade, representa um novo caso de recurso compulsoriamente retido que tem ocupado, gradativamente, diversos espaços e segmentos no Código de Processo Civil.

Portanto, de acordo com este novo § 3º o recurso extraordinário ou especial dirigido a decisões interlocutórias proferidas em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, ficará retido nos autos e só será processado se for reiterado quando da interposição ou da apresentação das contra-razões do recurso contra a decisão final.

Ao caso, o intuito do legislador refletido neste novo § 3º foi o de concentrar o momento da remessa dos recursos das partes aos Tribunais Superiores, o que não deixa de ser, de certa forma, medida positiva derivada do princípio da economia processual.

Entretanto, esta concentração de atos processuais ou esta economia processual fere o acesso à Justiça garantido constitucionalmente, e ainda, até que ponto vão as consequências para acabar com o acúmulo de processos e os recursos abusivos sem ferir a Constituição federal e o direito das partes.

No caso, desta inovação do Código de Processo Civil o recurso extraordinário ou especial

interposto contra decisões interlocutórias só é processado se reiterado, pela parte, no prazo para interposição do recurso contra decisão final, ou para contra-razões.

Esta retenção, contudo, inclui não só o postergamento do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial mas, também da oitiva do recorrido para apresentação das contra razões para o momento do recurso ou contra-razões a ele da decisão final . E nem poderia ser diferente, porque estas diligências que ocuparam tempo desnecessário perante a Segunda instância, podem ser acumuladas quando do processamento do recurso extraordinário ou especial da decisão final.

O novo § 3º do art. 542, desta forma cria um outro intervalo temporal entre o art. 541 por ocasião do recurso e as providências do *caput* do próprio art. 542 para a intimação das contra-razões e posterior admissibilidade.

Com a nova sistemática, para a interposição (e juntada) do recurso extraordinário ou especial do acórdão que julga agravo dirigido contra decisão interlocutória, acabou sobrepondo a exigência de dois recursos em um único prazo, o que na prática acaba estrangulando a possibilidade das teses argüidas pelo recorrido.

Que há abuso na interposição de recursos no cotidiano forense, este é um fato inegável. No entanto vedar pura e simplesmente o direito de recorrer (pela compulsória retenção) não nos apresenta ser a mais salutar democrática e legítima das soluções. Julgar recurso é função primordial dos Tribunais, criticável, porém, a iniciativa legislativa criando um novo intervalo temporal entre os arts. 541 e 542, que ao nosso ver dificulta o acesso imediato à instância superior.

Aqui nos deparamos com o conflito entre dois princípios norteadores do processo civil brasileiro (o da celeridade processual e o da inafastabilidade da jurisdição), o que não deve ser preservado, esta função é do juiz que, somente em cada caso concreto terá os elementos necessários e suficientes para definir a incidência de um ou de outros destes princípios.

2.1 - Recente Reforma

Com o intuito de estreitar o tempo do direito e o tempo dos direitos emergentes e sociais , esta reforma de n. 200, deixa bem claro que a intenção de se introduzir um novo sistema e recursos onde o objetivo é justamente otimizar o processamento dos recursos, retirando os excessos de formalismo naqueles casos onde o recurso é dirigido e formalizado na Corte Estadual.

Com a edição da Lei n. 10.352, que modificou os arts. 475 (Remessa Obrigatória), 498 (prazo comum para os Embargos Infringentes e Extraordinário) e parágrafo único, 515 (Julgamento pelo Tribunal quando o feito foi extinto sem julgamento do mérito, na Apelação), 520 (efeitos da Apelação), 523 (Unifica prazos e disciplina o agravo retido, 526 e 527(Agravos/Requisitos e Poderes do Juiz) , 530 (Embargos Infringentes), 531, 533, 534, 542, n 544, (Agravo em Recurso Extraordinário) 547 (Protocolo Recursal, descentralização) e 555 (Composição da Câmara e Julgamento do Agravo).

Já a Lei n. 10.358, também de 2001, altera os arts. 14, 253, 407, 433, 575 e 584, acrescenta os arts. 431-A e 431-b e revoga o inciso III do art. 575, todos do Código de Processo Civil.

3. Princípios Processuais

"Quem não entende os princípios não entende as leis".

Dr. Marcos Alaor Diniz Grangeia

Existem alguns princípios fundamentais que orientam e auxiliam o Poder Público na elaboração legislativa do direito processual. Quando abordamos essa questão da autonomia do direito processual em relação ao direito material, concluímos que essa independência está caracterizada, dentre outros fatores, pela existência de princípios que são próprios ao direito processual civil.

Estes princípios, tratam-se na verdade, de regras fundamentais, de caráter geral, que têm a função

de inspirar e orientar o legislador, ao formular os textos das leis processuais e que nos possibilitam compreender claramente os contextos históricos, ético e moral, que influenciou a elaboração da norma processual. Portanto, devem servir de bússola orientadora para o intérprete. Existem duas categorias distintas de princípios aplicáveis às regras de direito processual. A primeira contém os chamados princípios informativos, enquanto a outra envolve os princípios fundamentais, também chamados de princípios gerais do processo civil.

A primeira categoria _ princípios informativos _ contém regras de cunho geral e abstrato, e se aplica a todas as regras processuais, tanto às de índole constitucional quanto àquelas que estão nas normas ordinárias (infra) independentemente de tempo e lugar.

A Segunda categoria _ princípios fundamentais _ diferentemente da primeira, alberga um grupo de princípios menos abstrato, menos gerais, mais contextuais, e que se referem a um determinado ordenamento jurídico levando em conta, inclusive, suas especificidades e características. Alguns deles, em razão da relevância de que se revestem, têm assento na Constituição Federal, situando-se como bases sobre que se constrói todo o sistema normativo processual infraconstitucional.

Os princípios informativos são os seguintes: princípio lógico, jurídico, político e econômico, abordaremos assim os princípios elencados ao tema proposto discernindo um a um na seqüência .

De acordo com o princípio lógico, ou seja que, em razão do processo ser basicamente uma seqüência de atos que buscam um fim determinado, na sentença, há de existir lógica na concepção normativa de tais atos e em sua disposição ao longo do procedimento. Isto quer dizer que as leis processuais, pelo princípio lógico, devem prever e prover os meios que mais sejam capazes de permitir o descobrimento da verdade insta ao processo.

O princípio jurídico informa em tudo, em matéria de regramento de direito processual, deve ser feito de acordo com a lei. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio jurídico deve ser entendido como elemento determinante da conformação das regras processuais em geral com os princípios processuais constitucionais que, com sede na CF, devem nortear toda a elaboração legislativa infra constitucional. Por outro prisma, o princípio jurídico significa que tudo se faça no processo (em cada processo) deve ser feito em rigorosa conformidade com a lei, garantindo-se a igualdade das partes e a justiça da decisão que venha a ser prolatada pelo juiz.

Quanto ao princípio político, pode dizer-se que são as regras disciplinadoras da atividade desenvolvida no processo, deve manter uma sintonia com à estrutura política que tenha sido adotada no país. Assim, a normatização processual num Estado de Direito, deve ser coerente com a concepção democrática com que se moldam as estruturas públicas. O Juiz natural, direito à ampla defesa podemos citar como um bom exemplo. Sob outro aspecto, também referido na doutrina, o princípio político significa que o processo deve ter o máximo rendimento possível, como garantia da sociedade, com o mínimo de sacrifício da liberdade das partes.

O princípio econômico, por sua vez deve inspirar tanto o legislador processual quanto o operador do Direito (Juiz, Advogado, Promotor) a obter o máximo rendimento com o mínimo de dispêndio. Deve também o processo, segundo o princípio econômico, ser acessível a todos quantos dele necessitem, inclusive no que diz respeito ao seu custo.

Os princípios gerais, ou fundamentais, do processo previstos na CF, servem de guia para o legislador brasileiro, no trabalho de elaboração de normas jurídicas processuais.

O primeiro deles, que consubstancia- se em postulado fundamental de todo o sistema processual, é o princípio do devido processo legal. Segundo este princípio , previsto no inciso LIV do art. 5º da CF "ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal".

Desta maneira, toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal. O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido

previstas na lei.

Em seguida, temos o princípio do contraditório que também pode ser identificado como princípio da paridade de tratamento ou princípio da bilateralidade da audiência. Segundo o texto do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes".

Esse princípio, elevado a condição de garantia constitucional, significa que é preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência de pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subseqüentes, às partes (autor e réu), aos terceiros e aos assistentes, e garantir a possível reação contra decisões, sempre que desfavoráveis. Esse princípio está visceralmente ligado a outros, que são o da ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, em respeito ao qual se deve evitar a hipótese de falta de controle das decisões judiciais, pela parte (por meio de recursos) e pelo próprio Poder Judiciário (pelo provimento ou improviso dos recursos).

O princípio dispositivo, é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina (isto é a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quando à parceria da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela se denomina *lide*) trazida a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (= provocação) do interessado.

O processo previsto no Código de Processo Civil Brasileiro está baseado fundamentalmente nesse princípio, como se vê da disposição constante no art. 2º. Segundo essa regra "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais".

Outro princípio e o do impulso oficial, segundo o qual, uma vez instaurado o processo por iniciativa da parte ou interessado (princípio da inércia), este se desenvolve por iniciativa do juiz, independentemente de nova manifestação de vontade da parte. O juiz, que representa o Estado (poder jurisdicional do Estado) promove e determina que se promovam atos processuais de forma que o processo sistematicamente em direção à solução da prestação jurídica para aquela determinada *lide*.

Observemos o art. 262 que demonstra claramente a presença, no texto legal, do princípio do impulso oficial. Essa regra dispõe que "o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial".

Depois, há o princípio da oralidade, a que se somam três outros princípios: o da identidade física do juiz, o da imediatide e o da concentração da causa.

De acordo com o princípio da oralidade, é salutar que exista sempre um expressivo número das partes sob forma oral, principalmente na audiência, onde tais manifestações se devem concentrar, pois dessa maneira é possível se alcançar o julgamento da matéria posta em juízo com menor número de atos processuais.

Com esse princípio, há outros três, por assim dizer, subprincípios, ou elementos, que permitem que operalize com maior objetividade a oralidade.

O primeiro desse subgrupo é o princípio da identidade física do juiz, em razão do qual haverá de ser o mesmo juiz que preside a audiência, que colhe as provas orais (depoimento das partes e de testemunha), o que dê a sentença. Essa regra decorre do fato do juiz que tiver contacto direto, na audiência, com as partes e testemunhas, tem mais e melhores condições de proferir uma sentença satisfatória, isto é, em que efetivamente se aplique o direito, do que àquele que não tenha presidido a audiência. O art. 132 do CPC consagra expressamente esse princípio: "O juiz titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a *lide*, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor".

O seguinte é o princípio da imediatide, segundo o qual o juiz deve colher as provas direta e

pessoalmente, sem intermediários. O art. 446, inc. II, do CPC, assim dispõe: "Compete ao juiz em especial: II _ proceder direta e pessoalmente à colheta das provas".

O princípio da concentração, terceiro daqueles que, como afirmamos, permite que se operacionalize o princípio da oralidade, contém a idéia de que todos os atos do processo, inclusive a sentença, devem realizar-se o mais proximamente possível nos dos outros, para que se possa proferir uma decisão justa. Os arts. 455 e 456 expressam incisivamente esse princípio. O primeiro dispõe: que "a audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo". Já o art. 456 prevê que "encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias."

Outro princípio fundamental, que inspirou o legislador do Código de Processo Civil, é o da publicidade. Esse princípio está ligado a outro de igual relevância, que é o princípio da motivação das decisões judiciais. Em geral, todos os atos realizados no processo são públicos, inclusive as audiências. Trata-se de regra que representa uma garantia, tanto para as partes como para o juiz. Em sede constitucional, o princípio/garantia da publicidade está estampado no inciso IX do art. 39, o mesmo que consagra, também o princípio da ampla fundamentação (ou motivação) das decisões judiciais. Segundo esse dispositivo, "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às partes e a seus advogados, ou somente a estes". No CPC, os arts. 444 e 155 dispõem sobre a publicidade em audiência e dos atos processuais em geral. Essa regra decorre da predominância do interesse público, que envolve a prestação da atividade jurisdicional, sobre o interesse privado daqueles que não são partes no processo.

Por último, tem-se o princípio da lealdade, tratado minuciosamente nos arts. 14 e seguintes do CPC.. O comportamento das partes, no processo, deve respeitar os preceitos relativos à boa fé, repugnando ao sistema o comportamento desleal. Se o processo tem como um de seus escopos a realização do direito ao caso concreto, não se pode alcançar esse objetivo por meio de trapaças e comportamentos levianos. A lei prevê severas punições para os comportamentos destoantes desse princípio. Como já observamos, quando tratamos da noção de norma que contém deve a se observado pela aparte, o art. 14 do CPC prevê como dever, tanto das partes quanto de seus advogados, o de "proceder com lealdade e boa-fé (inciso II)".

Assim, diante de tudo que foi abordado, a máxima sobre os princípios formadores do direito processual, continua prevalecendo com mais força a ponto de alguns doutrinadores do direito estão a afirmar:

"...Princípio não é regra é norma...."

Fábio Estolce.

4. O Recurso Extraordinário Constitucional

Coerentemente desenvolvendo e algumas das vezes inovando, o que há de melhor na atualidade, o nosso sistema jurídico vigente , pelas suas características peculiares, permite na maioria das vezes a todos nos brasileiros representados ou não, que tenham acesso a justiça, e percorram todos os caminhos afetos e muitas das vezes insólitos, e leve adiante sua demanda até o Supremo Tribunal Federal, com sede na longínqua Capital Federal Brasília. Mesmo enfrentando inúmeras barreiras de natureza de procedibilidade, requisitos objetivos e subjetivos, embargos declaratórios do acórdão recorrido, juízo de admissibilidade, pre-questionamento, vulneração a norma constitucional, divergência jurisprudencial, finalmente, diante da inadmissibilidade do recurso, acaba findando no famoso e conhecido Agravo de Instrumento, que obstando o retorno dos autos a vara de origem, bem como os efeitos do acórdão proferido, somente assim, após a formação das peças do Agravo, seja sua irresignação seja remetida e submetida ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, com base na CF, art. 102 inc. III letras "a", "b" e "c".

O recurso extraordinário, do sistema brasileiro, teve sua origem e acabou sendo criado à semelhança do writ of error norte-americano.

Lei ordinária, o *Judiciary act*, de 24 de setembro de 1789, dos Estados Unidos da América do Norte, disponha no art. 25: " Deve ser revista pela Suprema Corte, para ser cassada ou confirmada, a decisão da mais alta corte de um dos Estados, em sua causa em que se questionar sobre a validade de um tratado, lei nacional ou ato da autoridade da União, e a decisão for contrária à validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito, privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face da Constituição, tratado, lei ou ato".

O instituto que sofreu pequenas alterações no decorrer do tempo, visava, afirmando o princípio da hierarquia das leis, a assegurar a unidade e a autoridade das leis federais na sua aplicação restrita pelos tribunais locais, resguardando-se, assim, a força e a obrigatoriedade uniformes da Constituição e das leis federais em todo o território nacional.

No Brasil, proclamada a República, conferindo-se ao Estado a forma federativa, em situação idêntica ficavam as leis federais, em face de sua aplicação pelos tribunais locais, onde se decidiam definitivamente as causas, sendo necessário, portanto, em defesa da unidade nacional e autoridade daquelas, que se instituísse um instrumento semelhante ao criado pelo *Judiciary act*. Assim, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal e lhe conferiu a competência, dentre outras, de conhecer e decidir de recurso especial, ainda inominado, idêntico àquele instituto norte-americano. O parágrafo único do art. 9º, nº II, desse Decreto, copiando o *Judiciary act*, rezava:

Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou uma convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Nacional, finalmente à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União, qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei, ou ato de qualquer Estado, seja posta em questão como contrária a Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou do ato;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou da cláusula.

I - A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 manteve o recurso recém-criado, dando-lhe ao assento legal outra redação, pela qual, sem reduzir-lhe o campo de incidência, perdeu a letra "c", inseriu o art. 59 § 1º.

Nova redação, alterando e fundindo os arts. 59 e 60 num só, deu ao assento legal a reforma constitucional de 06 de setembro de 1926.

II - A constituição de 16 de julho de 1934, que instituía a unidade do direito processual para todo o país, ampliava o campo do recurso às causas decididas em única instância pelas justiças locais e lhe introduzia outras modificações em seu art. 76, nº 2 III.

III - Na carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, acabou copiando o texto anterior, com pequenas alterações, principalmente no art. 101 nº III.

IV - Na Constituição de 18 de setembro de 1946, introduziu pequenas modificações no texto

anterior , de certa forma alargando o campo do recurso extraordinário.

V - Com o mesmo âmbito foi o recurso extraordinário disciplinado pela Constituição de 24 de janeiro de 1967, cujo art. 114, nº III,

exarava competir ao Supremo Tribunal Federal "julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes. Sendo que, em seu art. 115, parágrafo único, alínea c, já se conferia a esse tribunal competência para estabelecer, no seu Regimento Interno "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência (verificar o que esta faltando) 30 de 1967, exarava essa Emenda , art. 119 n. III Compete ao Supremo Tribunal Federal "julgar mediante recurso extraordinário, as causa decididas em única ou última instância por outros tribunais".

VI - Transformações significativas foram verificadas por intermédio da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, conforme a qual foi suprida a admissibilidade de recursos extraordinários contra decisões de juízes singulares, mas mantida contra decisões em única ou última instância, proferidas por tribunais. reproduzindo no mais o n. III do art. 114 da Constituição de 1967, exarava essa Emenda, art. 119n. III compete ao Supremo Tribunal Federal "julgar mediante recurso as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais".

VII _ Por derradeiro, a atual Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, ao alterar a estrutura dos órgãos jurisdicionais, estabeleceu significativas modificações na competência recursal do Supremo Tribunal Federal, acusando uma sensível redução dos casos de admissibilidade do recurso extraordinário, nos termos que dispõe o art. 102 n. III, que à Suprema Corte compete julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a constitucionalidade de tratado e lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato local contestado em face desta Constituição.

Após fazer-mos uma abordagem clássica de toda a trajetória do Recurso Extraordinário Constitucional, desde o seu nascimento e evolução aos dias atuais, passaremos a uma outra fase, agora, do Direito Comparado Alemão em simetria com o Sistema brasileiro de acesso a Justiça, pois como sabemos este país sempre foi o berço não apenas dos grandes filósofos mas também dos grandes doutrinadores.

5. O Direito Comparado Alemão

Nosso objetivo neste estudo é proporcionar ao leitor atento além das nuances, uma análise mais profícua na comparação entre os dois sistemas e podermos a partir desta abordagem formarmos uma consciência mais abrangente e em tudo aprender com as experiências Européias.

Procuraremos dentro desta abordagem dar uma visão eminentemente prática da Justiça Alemã, acentuando-se algumas peculiaridades ímpar e por fim, comparando com a realidade brasileira e de que forma positiva poderíamos aproveitar destas experiências no Brasil para um aperfeiçoamento na prestação jurisdicional como um todo.

O cuidado do povo alemão e, em especial dos advogados, magistrados e professores com a Justiça, no campo do aceleramento da prestação jurisdicional, tem sido uma constante nos últimos 100 anos.

HANS SCHENEIDER, em palestra proferida na Cidade-Estado de Bremen, assim se expressou: "A Justiça é o fundamento do Estado de Direito. Mas, para o Ministro da Fazenda, os Tribunais são sempre um empresa subvencionada. O terceiro Poder no Estado _ como a justiça é freqüentemente chamada _ não possui dinheiro nem canhões, e se ela merece crédito é a questão.

Porém, a situação parece ter mudado consideravelmente nos últimos 20 anos, principalmente com o fortalecimento da infra-estrutura material e pessoal do Judiciário, o que motivou, de imediato, uma

agilização na prestação jurisdicional. O Judiciário Alemão de hoje, embora ainda por demais ligado ao Ministério Federal da Justiça e aos Ministérios estaduais, não só no referente à dependência orçamentária, como também nas nomeações e promoções de magistrados, é muito bem estruturado, inexistindo qualquer parcimônia do Estado, neste particular.

A Justiça Alemã atual, em termos comparativos com a brasileira é bem mais rápida e muito mais cara. A rapidez é resultado do número de magistrados, Juízos e Tribunais, da especialização em todos os campos e graus de jurisdição, bem como fruto do número de auxiliares qualificados e do recurso aos mais modernos meios materiais (gravadores, fotocopiadoras, computadores, etc.) e o custo decorre diretamente da estrutura antes referida, servindo, também, como freio inibidor a aventuras judiciais.

Destarte, embora ainda se possam ouvir algumas isoladas queixas, com relação à morosidade da justiça alemã, é considerada a duração normal da tramitação processual e, acima de tudo, levando-se a efeito uma análise comparativa com a média brasileira, não parecem ser inteiramente procedentes, a despeito de seu mérito, qual seja, fazer com que o Legislativo e o Executivo estejam sempre atentos para o assunto, até porque, em assim procedendo, zelam, de um lado pelo direito de o cidadão contar com a pronta prestação jurisdicional e, de outro, contribuem para tornar o Judiciário mais respeitado.

A organização judiciária na República Federal da Alemanha prima pela especialização a cada ano ainda mais notada.

Impõe-se mencionar que, de acordo com a natureza da controvérsia, estar-se-á no âmbito da jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*), da jurisdição administrativa comum (*Verwaltungsgerichtsbarkeit* e *Sozialgerichtsbarkeit*), da jurisdição trabalhista (*Arbeitsgerichtsbarkeit*) e da jurisdição ordinária (*ordentliche Gerichtsbarkeit*).

1 _ A jurisdição constitucional vela pelo respeito às Constituições Estaduais (*Landerverfassungem*) e Federal (*Grundgesetz*), quer apreciando a constitucionalidade de uma lei, quer analisando os atos administrativos no campo constitucional. Para tal fim, existem Tribunais Constitucionais Estaduais (*Verfassungsgerichtshöfe der länder*), em número de 9 e um Tribunal Constitucional Federal (*bundesverfassungsgericht*), situado em Karlsruhe, os primeiros com juízes de carreira e honorários, variando a composição em cada Estado, de acordo com as Constituições e Leis respectivas, e o segundo integrado somente por juízes de carreira, distribuídos em dois Senados, sendo que 50% de seus componentes são escolhidos pelo Congresso e o restante pelo Conselho Federal.

Os Oberlandesgerichte (Superiores Tribunais Estaduais) são 20 em toda a Alemanha e, por seus 379 Senados, sendo 81 Criminais, decidem, em regra, os recursos interpostos contra decisões e sentenças de 1º grau, normalmente proferidas pelos landgerichte e, excepcionalmente, pelos Amtsgerichte.

Os integrantes dos Senados são juízes profissionais em sua maioria magistrados de carreira, muito embora possam também ter assento professores catedráticos que recebem uma carga menor de feitos para apreciação e, de consequência, não comparecem a todas as sessões.

Os Senados Criminais têm, excepcionalmente, competência originária, como acontece no respeitante a crimes catalogados como de traição (ex. expionagem).

O *Bundesverfassungsgericht* (STF) localiza-se em Karlsruhe, conta com 16 senados _ 5 criminais e 11 cíveis _ e aprecia as revisões interpostas contra julgamento de 2ª instância. É integrado exclusivamente por juízes profissionais.

Além dos Senados isolados, há um Grande Senado para causa criminais (*GROSSER Senat für Strafsachen*), um Grande Senado para causas cíveis (*grosser senat für Zivilsachen*) e os Grandes Senados Reunidos (*Vereinigte Grosse Senate*), pelos quais se busca assegurar a unidade de interpretação do Direito.

O STF, no campo da jurisdição ordinária, é o mais alto tribunal, do país, sendo de notar, porém, que, havendo divergência de interpretação entre duas ou mais Supremas Cortes Federais, poderá ser invocado o Senado Conjunto dos Superiores Tribunais Federais (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*), também sediado em Karlsruhe e composto por juizes representantes de todas as Supremas Cortes Federais.

Registre-se, de igual, que o mais alto Tribunal alemão é o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), o qual poderá rever uma decisão de qualquer corte federal e, mesmo do Senado Conjunto dos Superiores Tribunais Federais, se dita decisão ferir a Constituição federal.

Do acima exposto, podemos concluir que além de ser bem estruturada e possuir mão de obra suficiente para atender a demanda, a Justiça Alemã ao contrário da brasileira é muito cara e também muito mais restrita.

5.1 - Os recursos

Igualmente como se dá no Brasil, as partes e os Advogados procuram, sempre que possível, evitar as demandas judiciais, no campo do Direito Privado. Assim, buscam o acordo extrajudicial como uma forma mais célere e menos dispendiosa para dirimir as pendências surgidas. Quando tal não é alcançado e deixa-se de recorrer ao juízo arbitral, a parte interessada, na hipótese de se julgar credora da outra, ao invés de ajuizar ação para receber seu crédito, pode optar - e em regra faz - pela interpelação judicial do devedor a satisfazer à obrigação, com um título executivo ou, ainda, na hipótese de simples impugnação do devedor, poderá ter início o processo propriamente dito. Trata-se de um procedimento menos oneroso e, normalmente eficaz, denominado *Mahnverfahren* (procedimento monitório).

Podem as partes, todavia, lançarem mão, desde logo da ação própria, perante o juízo competente, ou porque não pretendam interpellar ou por não ser admissível a interpelação. Neste particular cumpre abrir, aqui um parêntese para esclarecer que nem sempre as partes são obrigadas a recorrer a um advogado, a fim de assisti-las judicialmente e, por outro lado, têm que se valer, em algumas oportunidades, de mais de um profissional se quiserem ter acesso a todas as instâncias.

Assim, nos Juízos Ordinários de 1º grau, facilita-se as partes peticionar diretamente, podendo, porém, se preferir, ser representadas por um advogado habilitado ou, mesmo, por quem tenha conhecimento jurídicos (ex: bacharel não inscrito na Ordem, ou estagiário).

Já nos Tribunais Estaduais nos Superiores Tribunais Estaduais e no STF, é necessário que a parte esteja assistida por advogado legalmente habilitado. Não basta, porém, a inscrição perante o órgão de classe, sendo de mister o credenciamento junto ao Tribunal respectivo. Em certos Estados, um advogado pode estar autorizado a funcionar perante um Tribunal Estadual e o respectivo Superior Tribunal Estadual. Via de regra, porém, ele se acha admitido apenas em um Tribunal.

Já no STF, somente um reduzido corpo de advogado se acha credenciado.

Como consequência no cível os advogados podem militar sem impedimento perante os Juízos Ordinários de 1º Grau pertencentes à circunscrição do Tribunal Estadual para o qual estejam admitidos. Para estes Tribunais Estaduais, dita admissão é alcançada sem maiores dificuldades e praticamente decorre da habilitação e, bem assim, da localização do escritório profissional, ou seja, um advogado inscrito no órgão da classe está automaticamente habilitado no Tribunal Estadual, em cuja circunscrição tem seu escritório.

A admissão aos Superiores Tribunais Estaduais, porém, nos Estados que não permitem duplo credenciamento só é alcançada após determinado tempo, observada a experiência e o renome profissional, o mesmo se verificando unicamente com maiores exigências, no referente ao STF.

Consigne-se, ainda, que um advogado habilitado em um Superior Tribunal Estadual ou perante o STF, em princípio não milita em outros Juízos ou Tribunais.

Mencione-se, a propósito e infelizmente, ser até certo ponto freqüente em nosso país a constatação, nos mais elevados Tribunais, de advogados de renome, autênticos mestres de Direito, estarem a assistir a uma das partes, enquanto a outra é representada pôr um recém-formado, o qual, pôr mais esforçado que seja, normalmente não está ao nível do patrono da parte adversa, o que pode levar a desastrosas conseqüências, inclusive no campo do direito material, pois, a despeito dos poderes concedidos ao magistrado brasileiro na condução do processo (arts. 130, 342, etc., do C. Pr. Civ.), deles não poderá usar a ponto de comprometer a indispensável imparcialidade.

A situação mencionada é encarada com a maior naturalidade pelos próprios advogados, ao contrário do que poderia acontecer no Brasil.

As Câmaras e os Senados julgam com 3 membros, muito embora esteja, integrados por 4 ou 5 juizes, dependendo do Estado, mas nem todos os magistrados recebem a mesma carga de processos, pois, alguns, como visto, não são juizes de tempo integral, dedicando-se mais ao magistério superior, pelo que julgam menos e também percebem bem menos (em torno de 25%). Em média, o magistrado em exercício no Landgericht, com tempo integral, recebe e julga de 150 a 200 processos por ano e o juiz de Oberlandesgericht, de 60 a 80. As sessões (*sitzungen*) são realizadas duas vezes por semana e o julgamento das apelações demarca de 2 a 6 meses nos Landgerichte, e de 4 a 8 meses nos Oberlandesgerichte. O julgamento das queixas, porém, em ambos, é muito rápido, por vezes não chegando a 1 mês. Cada grupo de 2 a 3 Câmaras e Senados tem sua própria secretaria, com toda a estrutura necessária ao bom andamento dos serviços.

A Justiça alemã é avessa a formalismos hipertrofiados, tendo presente que o importante é a descoberta da verdade, cumpre registrar não ser incomum que Câmaras se desloquem a outros Estados e países, para realizações das sessões. O Gericht Bielefeld, por exemplo, apreciando processos contra nazistas, já esteve em Moscou, Israel e até mesmo na Califórnia (USA), com os componentes das Câmaras, auxiliares e advogados das partes.

5.2 - O Supremo Tribunal Federal Alemão

A 3^a Instância está cargo do STF (*Bundesgerichtshof*), através de seus Senadores, a eles incumbido o julgamento das revisões referentes às decisões proferidas pelos *Oberlandesgerichte*.

Na 3^a Instância não se faz presente especialização mais acentuada, ao menos no que pertine aos Senados, que são divididos em cíveis e criminais, apenas se reservando a dois deles o julgamento do conflitos de competência.

Cada Senado é composto por 6 ou 7 juízes, julgando com apenas 5, o que facilita as substituições e permite a um juiz comparecer a apenas uma sessão por semana quando, em regra, são realizadas duas.

O relator da revisão, após estudar o recurso, prepara uma minuta de voto, que é encaminhada, com uma antecedência de duas semanas da sessão, aos demais membros que participarão do julgamento. Antes mesmo da sessão do julgamento, podem os juízes reunir-se, reservadamente, para serem esclarecidas certas dúvidas.

Um juiz recebe, por ano, 40 a 50 revisões e cerca de 5 recursos em que há alegação de divergência de interpretação entre dois Tribunais do país. Os conflitos de competência, que ficam em torno de 1.500 ao ano, somente são julgados, como referido, por dois dos Senados, cabendo pouco mais de 100 feitos para cada juiz.

Observe-se, assim, receberem os integrantes do Bundesgerichtshof uma carga de trabalho que lhes possibilita dedicar mais tempo ao estudo das questões lhe submetidas a julgamento, sem nenhum prejuízo à celeridade processual. A propósito, em cada sessão são julgados de 8 a 10 feitos, ou seja, em média 2 por julgador.

Apesar dos Senados serem divididos tão-somente em cíveis e criminais, cada grupo de dois juízes recebe processos de determinada natureza de acordo com sua especialização. Assim, por exemplo, em determinado Senado, já se sabe que as revisões referentes a sucessão serão relatadas pelo juiz A

ou B; as respeitantes ao Direito de Família, pelo juiz C ou D; as que abranajam pedido de indenização, pelo juiz E ou F, etc., podendo um magistrado receber feitos de mais de uma natureza. Dita distribuição é feita pelo Presidente do Senado, atendidas a habilitação e as preferências dos julgadores.

O julgamento da revisão dá-se de 10 a 12 meses após fundamentação do recurso.

Ainda no que pertine ao trabalho do juiz no *Bundesgerichtshof* cumpre mencionar a figura do wissenschaftlicher Mitarbeiter (auxiliar científico) que é um juiz estadual (de *Amtsgericht* ou de *langericht*), convocado por 3 anos, a prestar serviços no STF, auxiliando aqueles julgadores que estejam mais atarefados. Normalmente, em cada Senado cível há 2 auxiliares científicos, recebendo cada um 3 feitos por mês para estudo e, realizando este, apresentam uma minuta de voto. Aceita a minuta pelo juiz auxiliado, o feito será levado a julgamento, normalmente. Se, porém, não for acolhida a conclusão do auxiliar, o relator Terá que lavrar o seu voto e submetê-lo à apreciação do Senado, juntamente com a minuta rejeitada. Neste caso, quando do julgamento, o auxiliar, embora não possa votar, tem oportunidade de defender seu ponto de vista que, por sinal na prática, em muitas oportunidades resulta vencedor. Resguarda-se, assim, a independência do juiz.

Cumpre frisar que o julgamento em 2^a instância se opera, em regra, através de uma deliberação do colegiado perante o qual foi coletada a prova. Com menor freqüência aparece o *Einzelrichter* (Juiz singular, que somente prepara o processo de apelação, inclusive coletando provas e decidindo questões referentes à tramitação procedural, à produção de provas, incidentes relativos a custas, etc. Dito juiz singular, porém _ ressalvada a hipótese de ambas as partes acordarem que decida a apelação (§ 524, IV _ não emite julgamento, que fica reservado ao colegiado.

No acórdão em que se apreciou o mérito da apelação deve, expressamente, o Senado consignar se é cabível uma revisão, mas unicamente isto se opera quando o valor do prejuízo não é superior a 40.000.-DM e naqueles casos de valor inestimável.

Na revisão (*die Revision*) é o remédio que se socorre a parte agravada por um julgamento de 2^a instância. Abre-se com a revisão, uma autêntica 3^a instância, que trata tão-só de questões de direito, pois a matéria fática já foi estabelecida na instância de apelação, pelo *Oberlandesgericht* (Superior Tribunal Estadual). Em verdade, por vezes, a questão de direito tem reflexos sobre a parte fática, daí porque, em regra, quando o *Bundesgerichtshof* (STF) constata um erro de direito no julgamento de 2^a instância, anula-o e lhe devolve os autos para nova apreciação _ normalmente com outra instrução _ e julgamento, o qual, corrigido o erro de direito, poderá favorecer ao requerente da revisão, mas isto não acontece, é óbvio, em todos os casos.

A revisão serve ao interesse das partes e ao interesse público. Serve ao interesse das partes, na medida em que o recorrente persegue uma reforma da decisão recorrida, a seu favor, e, ao interesse público, na medida em que também se presta ao estabelecimento da unidade do direito e ao respectivo aperfeiçoamento.

Saliente-se que o *Bundesgerichtshof* só conhece da revisão, se o julgado do *Oberlandesgericht* violou a lei (§ 549).

Existem três espécies de revisão:

1) revisão tendo em vista ovalo (**Streitucertrevision**): em questões patrimoniais, a revisão somente é cabível quando o valor do gravame for superior a 40.000-DM. Note-se que somente a circunstância do alegado prejuízo ser superior à cifra antes citada não é bastante, pois o *Bundesgerichtshof* pode rejeitar o recurso _ através de *Beschluss* _ se alegada questão de direito não contar com importância fundamental;

2) revisão admitida (**Zulassungsrevision**): nas hipóteses já referidas, quando se tratou de apelação, em que o *Oberlandesgericht*, no acórdão que aprecia o mérito, já diz se contra referido julgado cabe o recurso em análise;

3) revisão por rejeição de apelação (*Revision wegen der Verneinung der Zulässigkeit der berufung*): nos casos de rejeição da apelação (sem análise do mérito) pelo *Oberlandesgericht*.

A revisão é um recurso ordinário e, como a apelação é interposta perante o Juízo *ad quem* - que, em *casu*, é o *Bundesgerichtshof* - no prazo de um mês, contado da intimação do acórdão do *Oberlandesgericht* (§ 552), devendo também ser instruída com traslado ou cópia autêntica decisão recorrida. Já no respeitante as razões do recurso (fundamentação), o prazo é, igualmente, de um mês, mas., tal como ocorre nas apelações, pode ser prorrogado.

Interposta a revisão, através de um dos advogados habilitados perante o *Bundesgerichtshof*, são avocados os autos.

Inexiste prazo para a resposta, o que não causa gravame ao recorrido, em primeiro lugar, porque, querendo, poderá responder a revisão enquanto tal pronunciamento puder produzir efeitos,e, em segundo lugar, em razão de inexistir revelia no âmbito revisional, em que se examinam, como já visto, questões de direito.

O procedimento da revisão segue, de maneira genérica, as mesmas normas atinentes ao procedimento de 1^a instância no landericht, com uma audiência principal, respeitadas as exceções dos §§ 545 e segs, da ZPO, sendo de se salientar, como consequência dos lindes revisionais, não poderem, normalmente, ser levantados novos fatos e de igual ser vedada a produção probatória.

Não há a figura do *Einzelrichter* quer como preparador, quer como juiz singular.

Embora o juizo revisional, como o da apelação, fique adstrito ao pedido, podendo este, também, ser alterado nas hipóteses e até nas oportunidades em que tal é consentido, há questões que devem ser analisadas de ofício (*von amts wegen*), como se dá, por exemplo, no respeitante aos pressupostos processuais.

O *Bundesgerichtshof*, nos casos em que o *Oberlandesgericht* não se manifestou sobre o cabimento da revisão como já foi visto, deverá, preliminarmente, verificar se o recurso é admissível. Poderá, então, rejeita-lo (através de *Beschluss*, se a rejeição for preliminar, e de *Urteil*, se tiver sido realizada audiência). Tal não ocorrendo, o passo seguinte a verificar é se a revisão se acha adequadamente fundamentada. Isto não acontecendo, também se dará a rejeição, só que através de sentença final (*Endurteil*). Desde que fundamentada compropriedade a revisão será julgada procedente.

Nesta hipótese, o *Bundesgerichtshof* pode reformar o julgamento recorrido, outro proferido em seu lugar. Em regra, porém, resulta anulada a decisão atacada, devolvendo-se os autos ao juízo de 2º grau, para que este reapprecie a questão. Isto se faz porque, na maioria das vezes, é de mister a coleta de provas, bem como a apreciação de matéria fática, o que escapa aos lindes revisionais.

Cumpre mencionar ainda, embora sinteticamente, o conceito de "Importância fundamental da causa", ante as consequências que este tem no campo da revisão, o que lembra em muito o de relevância (CF, art. 119 e Reg. Do STF, art. 308).

A importância fundamental deve dizer respeito a uma questão de direito, a ser conhecida pelo *Bundesgerichtshof*, matéria este de relevância, por ensejar dúvidas sérias a serem aclaradas, não só no interesse das partes, como também no interesse público, estabelecendo-se a unidade de direito.

Impõe-se referir-se, outrossim, que, pela revisão, se alcança, também, a uniformização da jurisprudência, de sorte a evitar decisões divergentes pelos Senados, em matéria de interpretação de questão de direito. Neste particular, desempenham papel relevante o Grande Senado para questões Cíveis e os Grandes Senados Reunidos.

6. Prequestionamento

- Súmula n. 282

- Regimento Interno art. 321/329 do STF

Grande instrumento e aliado jurídico foi a edição da súmula 282 pelo Supremo Tribunal Federal, que contribui sobremaneira ao efetivo exercício e o direito de acesso a Corte Suprema, para outros pronunciamento de um pálio projeto de reforma, para outros a necessidade de ser construído um sistema jurídico sólido de combate a bandeira da procrastinação e do efeito suspensivo. Para alguns operadores do direito é visto também como uma espécie de controle interno (filtragem), um dos grandes e controvertido obstáculo em busca da Justiça, - não admite análise de provas - entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, um divisor de competência, que mais tarde acabou sendo incorporação em seu Regimento Interno art. 321. Tal preceito fundamental de admissibilidade do Recurso Extraordinário Constitucional nasceu, tendo como seu berço o fruto de uma larga vivência institucional, com a finalidade precípua de dar garantias, assegurando a parte interessada o prosseguimento de sua irresignação e também evitar os excessos procrastinatórios exige-se para tanto que a matéria já tenha sido argüida no recurso de apelação e que também no momento do julgamento já tenha sido atacado pelo acórdão profligado.

Terminologia jurídica adotada e compreendida pelos operadores do direito, no sentido de questionamento prévio, no momento e ocasião oportuna da interposição do Recurso de Apelação, enfrentado pelo acórdão, do outro lado, no mérito da admissibilidade, fica compreendido e definido como sendo uma condição essencial de procedibilidade e prosseguimento do recursos tanto extraordinário como especial. Termo este também utilizado na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que a matéria suscitada, impugnada, já tenha sido objeto ventilado na decisão atacada, para outra corrente doutrinária entretanto, considera-se presente quando a questão, não apenas é objeto de arguição pela parte, mas decidida pelo acórdão a ser impugnado. Por consequência, uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão só a essa última hipótese, ou seja, haver decisão, ainda que não tenha verificado anterior debate pelas partes.

Cumpre-nos saber, de antemão, se o prequestionamento está no fato de o tema que se discute no recurso haver sido objeto da decisão ou de debates pelas partes, se a questão estaria implícita ou suscitada na própria sentença.

Nos textos constitucionais editados até 37, ao se cuidar do cabimento do recurso extraordinário, com base em violação da lei, firmava-se que sobre sua aplicação se haveria de ter questionamento prévio. Em 64, é encontrada apenas no dispositivo que regula a hipótese do recurso em que discutida a validade de lei federal em face da Constituição. Veio a ser eliminada a partir da carta de 67.

O uso daquele termo favorecia a interpretação de que haveria a necessidade da matéria fosse colocada pela parte, pois, assim se poderia dizer que se questionara sobre a aplicação da lei. Doutrinadores dos mais respeitados, entretanto, escrevendo, quando vigente aquela outra redação, colocavam-se de acordo em que, decidida a causa com base em fundamentação que as partes não houvessem tido em conta, o recurso seria admissível, se coexistissem os demais pressupostos, malgrado a ausência de questionamento anterior.

Importante assinalar, entretanto, que a jurisprudência é absolutamente pacífica e, com algumas vozes destoantes, também a doutrina se no sentido de que permanece necessário o prequestionamento, inobstante a Constituição não mais conter o termo acima apontado, ausente também das leis processuais. Necessário verificar qual o seu fundamento se Constitucional ou processual ter-se-ia de concluir pela sua anti-juridicidade, não havendo como considerá-lo indispensável para o conhecimento do recurso. E não se terá dele outro conceito, a toda evidência.

Entendemos, desde logo, que não se encontra, seja na Constituição seja em qualquer outra lei, razão capaz de amparar o acerto de que os recursos extraordinários e especial tenham seu conhecimento condicionado a que a matéria neles ventiladas haja sido objeto de anterior consideração pela parte. A exceção quanto ao extraordinário, poderia estar na letra "c" onde se faz menção a lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição. Mesmo aí, entretanto, isso não ocorre. Levantada, ainda que de ofício, por algum dos julgadores, e afastada a arguição de incompatibilidade entre os textos, não há negar viabilidade ao recurso. A validade foi contestada,

embora não pela parte. De qualquer sorte, quando muito nessa única e isolada hipótese se encontraria respaldo para impor o prévio debate. Se o julgado afrontou a Constituição ou declarou a constitucionalidade de tratado ou lei federal, cabível será o extraordinário, pela só razão de a decisão ter esse conteúdo, nada importando a atividades das partes. O mesmo se dirá do recurso especial. Contrariados o tratado ou a lei federal, a eles negada vigência, ou conferida à lei federal interpretação distinta da que lhe deu outro tribunal, será cabível arguição. Outra exigência não contém o texto e não é dado ao interprete nele inseri-la.

Tendo o prequestionamento a apontada razão de ser fundada no direito positivo constitucional, forçoso concluir que sua exigência é indeclinável. Há de sempre estar presente para que possam ter trânsito o extraordinário e o especial.

A Súmula n.282 do Supremo Tribunal Federal consagrou o verdadeiro sentido do que há de se reputar necessário para que se tenha presente o prequestionamento. A questão deverá ter sido ventilada na decisão recorrida, embora, melhor se dissesse que haveria de ter sido decidida no julgamento recorrido, importa a circunstância de que não se fez menção a prévio debate. A referência a "questão federal suscitada" é de entender-se como a que foi no recurso extraordinário. Releva o decidido, tenha ou não sido a matéria anteriormente levantada por alguma das partes.

A jurisprudência consubstanciada na Súmula 356, entretanto, cumpre reconhecer, destoa deste entendimento quando afirma que o ponto omissio da decisão não será objeto de recurso extraordinário, por faltar o prequestionamento., semelhante a Súmula 282, caso não houvesse intercalada "sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios".

Neste caso, podemos observar que não se trata de ter sido ou não ventilada a questão anteriormente por alguma das partes. Em relação ao ponto omissio, falta o prequestionamento, haja ou não sido antes exposto a discussão, o que está em perfeita consonância com o que já fora abordado, quanto ao conteúdo desse pressuposto de admissibilidade. Seria inadmissível a afirmação de que seria o prequestionamento, desde que ventilada a matéria no debate processual, ainda que nada se houvesse decidido.

A Súmula enfrenta grande resistência quando a matéria em discussão passou pela arguição e prequestionamento anterior ao julgamento, se essa ocorreu, se a parte expôs no curso do processo, não haveria razão para embargos declaratórios pois, estes são necessários para suprir omissão, não da parte, mas do tribunal que, por essa via, é convocado a enfrentar o tema, já que incabível o recurso a respeito do não decidido.

Como ficou demonstrado, não há fundamento constitucional para exigir-se arguição anterior ao julgamento, como indispensável para o extraordinário e o especial. A natureza desse requer o exame do tema pelo

acórdão atacado. E nenhuma das duas súmulas indicadas faz referência àquele prévio debate.

Concluindo, o fundamental esta em reconhecer o indispensável, para a admissibilidade do extraordinário e do especial, que a questão haja sido objeto de decisão. A prévia alegação pela parte não tem a ver com isso. Prende-se ao âmbito de evolução dos recursos em geral e à adstrição do juiz a lide proposta, o que obviamente limita a possibilidade de decisão pelas instâncias ordinárias, mas jamais deverá ser usada como uma arma para obstruir a justiça e a pretensão das partes.

Não podemos esquecer jamais, que o direito sempre foi dinâmico e dentro deste contexto, não se pode limitar a formulas e conceitos estáticos, justamente pela sua capacidade de transmutação a cada ato apresentado, o que acaba contrapondo-se e confrontando com antigos conceitos.

Lei dos Recursos

- Primeiro Marco.

Com a entrada em vigor da Lei n. 9756/98, acabou alterando e introduzindo modificações

principalmente no procedimento dos recursos no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho. De seu texto extrai-se o propósito firme do legislador de, mais uma vez, socorrer os Tribunais, procurando aliviá-los da sobrecarga dos recursos carreados à sua apreciação. Insatisfeito com os resultados das recentes reformas introduzidas nesse capítulo do direito processual civil, retoma seus esforços no sentido de melhorar a sua disciplina aperfeiçoando o seu instrumental.

Não são extensas as reformas impostas ao vigente Estatuto Processual. Atingem apenas sete seus Artigos. Basicamente, elas:

1. privilegiam as funções do relator dos recursos ou incidente (modificações nos arts. 120, 544, par. 3º, e 557, do CPC);
1. dispensam o incidente de declaração de inconstitucionalidade nos casos em que houver pronunciamento do Tribunal ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão, assegurando, de certa forma, o efeito vinculante dessas decisões (alteração do art. 481);
1. possibilitam a complementação de preparo, em prazo determinado enviando, assim, a deserção (modificação do art. 511 do CPC).
1. instituem a modalidade de recurso especial e recurso extraordinário retidos, com a modificação do art. 542, ao qual foi acrescentado um novo parágrafo;
2. modificam a redação do art. 544, par. 3º, ampliando os poderes do relator do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial, monocraticamente, reformando o acórdão recorrido;
1. modificam o art. 545 para o adaptar à alteração do art. 544; e finalmente
1. alteram o art. 557, adaptando-o ao disposto no art. 544 e inserindo a possibilidade de imposição de multa ao agravante, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo.

No concernente a Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990 – Lei de Recursos – as inovações cingem-se ao acréscimo de dois artigos, ou seja, arts. 41_A e 41_B versando respectivamente a forma das decisões colegiadas no Superior Tribunal de Justiça e as despesas de porte e de retorno referentes aos recursos interpostos perante esse Tribunal e o Supremo Tribunal Federal.

Deste diploma legal em exame podemos apontar que as modificações inseridas no Código de Processo Civil implicam na sua maioria, inovações efetivas no procedimento perante os Tribunais, enquanto algumas decorrem da necessidade de adaptação do sistema do Código a tais inovações. Destas, duas exigem um enfoque também sob o prisma constitucional, ou seja, a supressão do procedimento de declaração de inconstitucionalidade previsto no art. 480 e torna dispensável o julgamento pelo plenário ou pelo órgão especial dos Tribunais da argüição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sempre que já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal sobre a questão.

Com a modificação imposta ao art. 481 do Código de Processo Civil está outorgando, ainda que indiretamente, uma eficácia ultra partes às decisões que reconhecem, obedecidas as exigências do art. 97 da lei Maior da União, a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federais e estaduais por via de exceção. Isto ocorre ao dispensar o reexame da questão pelo próprio Tribunal, que reconheceu essa inconstitucionalidade. Essa eficácia, de certa forma, importa em verdadeiro efeito vinculante de tais decisões para os órgãos fracionários de um tribunal, os quais terão de julgar os efeitos submetidos ao seu conhecimento sempre adstritos às decisões do plenário ou órgão especial desse mesmo Tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal, quanto à matéria atinente à inconstitucionalidade suscitada.

Outra inovação acrescentado pela nova Lei é o § 2º do art. 557 do Código de Processo Civil, que deve ser examinada sob a ótica constitucional é a que diz respeito à exigência de prévio depósito da

multa imposta ao agravante, quando inadmissível ou infundado o agravio. Dispõe ele ser a multa pelo Tribunal de valor entre um a dez por cento do valor corrigido da causa. Embora já exista precedente neste sentido, no que concerne aos embargos de declaração (art. 538 do CPC), a exigência de depósito de multa como condição de admissibilidade de outro recurso pode inibir o acesso ao segundo grau de jurisdição em razão de hipossuficiência econômica da parte assim penalizada.

As atuais sanções à litigância de má fé e os atos atentatórios à dignidade da Justiça, embora prevejam a imposição de multa, não inibem os autores de atuar no processo. Somente o propósito de reduzir, mediante intimidação das partes, o número de agravos, de resto de qualquer espécie, pelo que decorre do texto em exame, pode ter animado essa restrição.

Com relação a Lei n. 8.038/90 foi acrescida de dois artigos, o primeiro, o 41- A, diz respeito especificamente ao julgamento dos feitos pelas turmas do Superior Tribunal de Justiça, e o segundo, art. 41 _ B, concerne à disciplina das despesas de remessa e porte de retorno dos autos quando da interposição dos recursos direcionados ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, vincula este ato a um documento de arrecadação, preenchido segundo as instruções e tabelas expedidas pelos Tribunais Superiores.

O art. 41 _ A - , pelo que se infere de seu texto, exige que as decisões de Turma do Superior Tribunal de Justiça sejam tomadas por maioria absoluta de seus membros. Sendo as Turmas composta por cinco Ministros (art. 2º para 4º do RISTJ) todos os seus julgamentos devem ter como supedâneo os votos de três desses Ministros. Essa disposição legal impõem um *quorum* mínimo de três julgadores para os trabalhos da Turma, sendo indispensável, nessa hipótese, a unanimidade dos que participaram do julgamento para que as decisões sejam válidas. Em caso de empate, pela ausência ou impedimento de um dos seus membros da Câmara, o julgamento será sobreposto, ou completado pelo substituto legal do membro impedido, na segunda.

Quanto aos demais requisitos exigidos na formação do recurso extraordinário ou especial, a Lei 8038/90 em tudo permanece inalterada.

Considerações Finais

Após voltarmos nosso olhar inquiridor para tudo o que acima foi exposto e comparado, chegamos à conclusão de que o primeiro movimento, digno de registro, conseguiu a aprovação, depois de 25 anos, da Lei n. 9.756/98, modificada pela 10.352/01, ambas vieram na mesma vertente dos Juizados Especiais, com o intuito claro, como um instrumento jurídico conciliador, para tentar salvaguardar e desafogar tanto os Tribunais Superiores como a Justiça comum e, ao mesmo tempo propiciar, um outro procedimento que administre melhor a excessiva carga recursal a que está sendo submetida irracionalmente a Justiça como um todo. Sendo assim, constatamos que estes excessos surgem e acabam espelhando a real situação do primeiro grau de jurisdição, de onde emergem os milhares de recursos, devido o número excessivo dos meios de impugnação das decisões judiciais, colocado à disposição dos operadores do Direito.

Por isso mesmo, as modificações impostas pelo atual diploma legal, apesar de louvarmos o esforço expendido, podemos afirmar que em relação ao Sistema Jurídico praticado na Alemanha, são meros paliativos, ainda não é o ideal almejado, e acabam criando uma cortina. Pois, não atacam os verdadeiros problemas, ainda que ajudem a minorar seus efeitos. Vale, sim, demonstrar que existe um movimento engajado e preocupado em afastar a letargia perniciosa e ao mesmo tempo, uma tentativa de corresponder a cobrança social, um certo esforço para solucionar os pontos de estrangulamento, minimizando a sua decantada morosidade.

Destarte, o aumento de competência dos relatores do recurso e dos conflitos de competência, a retenção de recursos Especiais e Extraordinário, que podem desvendar-se inócuos no decorrer do processo, a imposição de sanções para os recorrentes, o uso indiscriminado do Agravo de Instrumento para veicular pretensões recursais infundadas, correspondem a meros subterfúgios para

a crise na prestação da tutela jurisdicional.

Poderia sim esta reforma, estatisticamente, produzir resultados positivo, se as decisões dos relatores não fossem sistematicamente desafiadas por Agravos, Embargos, Recursos Especiais e Extraordinários, não ensejassem a impetração de Mandados de Segurança ou o Aforamento de ações Cautelares Incidentais, para a obtenção de efeitos de que tais recursos, submetidos ao regime de retenção, são carentes. Ou, ainda, se as partes, punidas com a multa prevista no § 3º do art. 557, não insurgirem mediante qualquer meio de impugnação existente no sistema contra tal penalidade.

Mas entendemos que, após decorrido mais de 500 anos de descobrimento do Brasil, queda do militarismo, as eleições " ... Diretas Já ..." e o 3º Milênio caminhando a passos largos, é chegado o momento histórico, um segundo movimento jurídico, de amplitude tal, que todos os idealistas, estudiosos, operadores da Ciência Jurídica e comprometidos, façamos uma reflexão um pouco mais sobre a Justiça Brasileira, e repensem em um novo e efetivo sistema com procedimento jurídico, mais seguro para as partes, em que o acesso e a morosidade da Justiça de um modo geral, passe na eficácia jurídica da sentença de 1º grau, que realmente venha a atender os reclames internos e as vozes dos organismos internacionais indistintamente.

A declaração prestada perante o Jornal Correio Brasiliense, do Procurador da República. Dr. Geraldo Brindeiro, tem demonstrado que o tempo, que é um excelente remédio, o senhor da razão, vem apontando, apesar de louvável a iniciativa das modificações impostas ao Código de Processo Civil, necessárias outras mais contundentes, uma verdadeira reforma (*interna e externa corporis*).

Toda esta situação fragilizada, deixa transparecer que existe algo muito grande em torno desta insegurança, pois, um Judiciário forte e independente que assegure o estrito cumprimento da lei, pode acabar mostrando a nudez e a fraqueza e não agradar a muitos interesses sazonais. Ainda existe, muita coisa para ser esclarecida e melhorada nesta cobrança social , ou seja, eliminarmos esta insegurança e vaidade profunda existente entre os poderes, onde deveria haver um concenso uma vontade política em querer o melhor para nosso país e atacar as verdadeiras causas sociais e não apenas protelá-las com esta pseuda reforma do Judiciário.

Já é chegado o momento propício do Poder Judiciário Brasileiro, com o apoio dos demais protagonistas do processo, fazer uma avaliação do passado, presente e de seu novo futuro e segurando as rédeas deste país, avocar para si o direito e a titularidade de Poder Efetivo, sua verdadeira responsabilidade perante toda a sociedade em geral na busca de um sistema jurídico realmente seguro e eficaz.

A impressão histórica que nos fica durante todos estes anos, é de que o Poder Judiciário Brasileiro, antes de 1988, vinha caminhando verdadeiramente de olhos atados, sonolentamente sem rumo, e de que necessário foi este momento de forte cobrança socio-económica globalizada, para que nos despertassemos e abrissemos não somente os olhos, mas também as portas de acesso dos nossos Tribunais, retirando as cancelas e o pedestal dos deuses. E nesta descida, neste novo caminho, um novo ideal redirecionado possa conduzir-nos, levando e aproximando, cada vez mais a Justiça do cidadão carente e necessitado.

Finalmente, podemos dizer que uma forte inquietação -consciência ideológica- começa a surgir dentro do Poder judiciário Brasileiro, de norte a sul, e silenciosamente se propaga, toma folego; e a bússola deste movimento passa obrigatoriamente pela eficácia da sentença e fortalecimento da justiça de 1º grau, preparo de recursos mais caros, capacitação dos servidores, e a fórmula encontrada para, com talento e criatividade, driblar este sistema jurídico ineficaz, está justamente na CONCILIAÇÃO das partes envolvidas no litígio.

Temos certeza que algo já está acontecendo e muito mais ainda virá, é questão afeta ao senhor da razão, ele é quem dará a resposta final a todas estas expectativas e

anseios sociais em busca da tão almejada JUSTIÇA.

Nesta esteira de entendimento lançamos mão das palavras do Des. Renato Nalini:

"...Mudar ou morrer..."

Bibliografia

ARRUDA ALVIM, (Manual de Processo Civil vol. 1, 6^a ed., p. 18.)

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Curso de Processo Civil vol. 22^a ed. p. 26.)

JOSÉ FREDERICO MARQUES, (Manual de Processo Civil vol. 11^a ed. Atualizada p. 118)

FRANCISCO DE PAULA XAVIER NETO (Revista do Tribunais pág. 137 vol. 01 Notas Sobre a Justiça na Alemanha

MOACIR AMARAL SANTOS, (Primeiras linhas de Processo Civil vol 1 19^a ed. P.72)

VICENTE GR Código de Processo Civil e legislação processual em vigor 28^a ed., São Paulo: Saraiva 1997.

SÁVIO FIGUEIREDO TEIXEIRA Revista n. 08 da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia pág. 13.