



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ISSN 2674-5623.

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Processual Civil ISSN 2674-5623, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Isabel Cristina Alvares de Souza

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos

Diretor Acadêmico

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

FADIPA – UNIANCHIETA

Prof. Dr. Mauro Alves de Araujo

Coordenador da Revista de Direito Processual Civil

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada (Fadipa, TJSP)

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

Prof. Me. João Carlos José Martinelli (Curso de Direito da FADIPA-UniAnchieta)

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova (PUC/SP, USF e FADIPA-UniAnchieta)

SUMÁRIO

Apresentação.....	3
Breves anotações sobre os três anos de vigência do CPC/2015.....	6
	Cláudio Antônio Soares Levada
Celeridade e Efetividade Processual.....	10
	Camila Fernanda Pinsinato Colucci
Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate.....	22
	Glauco Gumerato Ramos
Repensando a prova de ofício.....	38
	Glauco Gumerato Ramos
Processo jurisdicional, república e os <i>institutos fundamentais</i> do direito processual.....	58
	Glauco Gumerato Ramos
Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no de amanhã.....	82
	Glauco Gumerato Ramos
Saneamento e Organização do Processo.....	93
	Mauro Alves de Araujo
Apontamentos sobre a Petição Inicial.....	109
	Regiane Scoco Laurádio

APRESENTAÇÃO

A possibilidade de se ter a presente Revista surgiu de uma conversa com o Coordenador do curso de Direito e seu Adjunto, professores Cláudio Levada e Elvis Aleixo, quando se discutia a necessidade de indicação de uma bibliografia complementar mais relacionada com os nossos planos de ensino.

Daí nasceu a ideia de unirmos a necessidade dessa bibliografia complementar com a necessidade antiga de uma produção científica de nosso corpo docente, tão qualificado, mas sem a oportunidade de publicação de seus artigos.

Assim, o embrião de nossa Revista, inicialmente uma, foi desmembrado em Revistas, divididas em áreas fundamentais de nosso Direito (Constitucional, Civil, Processo Civil, Penal, Processo Penal e Trabalho), mais uma Propedêutica, permitindo, assim, que todo o corpo docente tenha como publicar seus artigos em uma dessas Revistas.

A cada área dessa foi designado um professor responsável pela coordenação dos artigos de seus professores, com ênfase à matéria estudada no semestre, permitindo, com isso, que o aluno tenha acesso a um material complementar no estudo da matéria naquele semestre.

Para a Revista de Processo Civil, coube a este professor a incumbência de coordenar os trabalhos dos professores que lecionam esse ramo do Direito, ou que tenham interesse nesse ramo do Direito, tão importante ao reconhecimento ou à satisfação do direito substancial, quando não protegê-lo.

Dado o exíguo prazo que tivemos para a elaboração dos artigos, somado às festas de final de ano e às férias, nem todos os professores da área puderam colaborar para esta primeira edição de nossa Revista de Processo Civil.

Os professores Cláudio, Camila, Glauco e Regiane, com a conhecida proficiência que lhes é peculiar, como qualquer aluno pode confirmar, colaboraram com artigos muito pertinentes à matéria estudada neste semestre.

O trabalho do professor Cláudio Levada, que incoa a presente Revista, dada a atualidade e importância do tema, trata dos “*primeiros passos*” de nosso Código

de Processo Civil vigente, uma “criança” com uma responsabilidade ímpar na celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Um artigo de suma importância não somente para o corpo docente, mas de leitura obrigatória a todos os operadores do Direito que conviveram com o revogado CPC e podem analisar as principais mudanças e sua efetividade no vigente CPC.

A professora Camila Colucci, com toda a sua maestria no ensino, explica de uma forma completa o que está consagrado em princípios processuais, a celeridade e a efetividade processual.

Trata-se de um tema desenvolvido em face de um problema corrente dos jurisdicionados, que não veem a celeridade processual almejada, e muito menos a efetividade do processo, diante, na maioria das vezes, da demora na prestação jurisdicional.

O professor Glauco Gumerato, “prata da casa”, estudioso ao extremo do processo, blinda nossa Revista com quatro excelentes artigos, que permitem aos alunos de Teoria Geral do Processo, bem como aos de Processo Civil, uma visão ampla dos institutos que se estudam neste semestre em ambas as matérias.

O primeiro artigo, “*Ativismo e garantismo no processo civil*”, cuida de um assunto pouco discutido no nosso país, embora no direito estrangeiro tenha grande repercussão, pois assegura ao juiz uma postura mais eficaz à Justiça, ainda que sem previsão legal, além de assegurar o devido processo legal.

O artigo “*Repensando a prova de ofício*” é uma leitura obrigatória aos operadores de Direito que atuam no contencioso, por tratar de uma situação não tão corriqueira, mas que por vezes se faz presente em processos judiciais, a prova de ofício, que pode, na visão de alguns, representar ofensa à imparcialidade do juiz. Interessante, ademais, quando se analisa a questão sob a ótica do “*ativismo*” tratado pelo autor.

O artigo “*Processo jurisdicional, República e os Institutos Fundamentais do direito processual*” está coligado ao primeiro artigo, por cuidar de situações que podem comprometer o devido processo legal.

A “*Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual*” é um artigo que permite ao leitor uma visão comparativa de dois professores da instituição sobre o tema celeridade, quando se observa o artigo da professora Camila Colucci, dando ao leitor a oportunidade de formar uma posição diante de tão importante questão, haja vista a demora que encontramos na prestação jurisdicional.

Na sequência, o artigo deste professor traz à baila um dos institutos mais problemáticos do processo civil, o saneamento do processo. Trata-se de uma revisão de parte do trabalho desenvolvido para a obtenção do título de Mestre, nos idos de 1990, e que demonstra de forma objetiva as alterações sofridas no saneamento com o novo CPC.

Finalizando esta edição, a professora Regiane Scoco Laurádio, também “prata da casa”, que desde os bancos universitários se destaca pela dedicação e interesse na ciência do Direito, colabora com um artigo que muito interessa aos iniciantes operadores do Direito que enfrentam o contencioso. A petição inicial é para o autor da ação judicial a peça mais importante do processo, por ser aquela que incoa o processo e que assegura ao jurisdicionado a prestação pretendida, e onde qualquer erro pode comprometer o seu direito.

E, assim, damos o pontapé inaugural do que esperamos ser o início de uma grande conquista não somente para a instituição, mas também a todo o corpo docente, que poderá ter o privilégio de compartilhar com outros, de forma difusa, as suas ideias, e para o corpo discente, que terá mais uma obra ao alcance para a devida compreensão do Direito, sem qualquer custo.

Boa leitura a todos e nossos agradecimentos aos professores pioneiros desta nossa empreitada.

Prof. Dr. Mauro Alves de Araujo

Coordenador da Revista de Direito Processual Civil

**BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS
TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO
CPC/2015**

Cláudio Antônio SOARES LEVADA¹

Nesses três anos de vigência, completados agora em março de 2019, não se pode dizer que o novo Código de Processo Civil tenha revolucionado conceitos ou mudado substancialmente a aplicação do processo civil pátrio, mas também não tem sido a catástrofe anunciada por muitos.

Lembre-se que o novo diploma processual civil tem como paradigma maior a Constituição Federal, o respeito às normas maiores constitucionais. Ainda que óbvia a necessidade de respeito e de subsunção das normas infraconstitucionais às normas que lhes são hierarquicamente superiores, o que é indiscutível, o novo processo civil vai além e manda ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme valores e as normas fundamen-

tais estabelecidos constitucionalmente, já em seu artigo 1º, demonstrando uma finalidade e objetivos a serem perseguidos até então relevantes mas não essenciais, não substanciais ao regramento processual. Essa mudança de paradigmas concilia-se ao que já era a busca maior do direito material, de há muito falando-se no Direito Civil Constitucional, mormente na previsão de cláusulas gerais e abstratas, a serem concretizadas caso a caso pelo Judiciário – v.g., definir o abuso do direito, boa-fé objetiva, proibidade, função social dos contratos e da propriedade etc.

Mas se a base principiológica é boa, com a oportuna remissão constitucional e a princípios caros à aplicação ética e leal do processo, não se pode dizer o mesmo quanto aos procedimentos adotados em termos de prazos e em relação aos recursos.

Incongruente, e muito, afirmar que se pretende menor tempo de trâmite processual e ao mesmo tempo alterar a contagem dos prazos de dias corridos para úteis. Ainda mais, e pior, virtualmente uniformizar prazos em longos quinze dias úteis, com raras exceções (como os embargos de declaração, nos quais fixados cinco dias para interposição), dilatando

¹ *Desembargador do TJ/SP. Mestre/USP e Doutor/PUC-S. Coordenador e professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta*

assim duplamente o tempo no processo e sem nenhuma justificativa convincente fora de um “tempo maior” para preparo das peças processuais, como se o tempo anterior não fosse suficiente e bastante, por mais de quatro décadas.

Quanto aos recursos, um dos aspectos a ser registrado está em que, no projeto original, o efeito suspensivo automático da apelação seria suprimido. Passaria a ser a regra geral o recebimento do apelo somente no efeito devolutivo, possibilitando assim, desde logo, a execução provisória do julgado. No entanto, ao chegar ao Senado, o projeto é alterado para que continuasse o inadequado e protelatório – muitas vezes – efeito duplo, devolutivo e suspensivo, como regra e só excepcionalmente o recebimento pelo efeito simples. Manteve-se desse modo um dos instrumentos mais contrários à efetividade processual célere.

Em relação ainda aos recursos, na prática aumentou e muito o número de sustentações orais, a nosso ver consequência direta dos julgamentos virtuais como regra, bem como da extinção da figura do Juiz Revisor, ambos os aspectos a gerar insegurança às partes e a seus patronos, levando-os com muito maior assi-

duidade às Sessões de Julgamento presenciais para defender de viva voz suas pretensões (e se antes a qualidade das sustentações era de certo modo preservada vedando-se a leitura da defesa, hoje o CNJ nada vê de errado em ler o que, em regra, já está nos autos) e/ou apontado em memoriais.

Também no plano recursal, o chamado julgamento estendido não só não ajudou em nada a celeridade processual como tornou obrigatório o que era facultativo – o julgamento na sequência, automático, da votação não unânime, que antes dependia da interposição de embargos infringentes e não em todos os casos, mas somente quando o acórdão estivesse dando provimento ao apelo.

Mas nada se compara à balbúrdia processual gerada pela infeliz ideia de estabelecer um rol taxativo de cabimento dos agravos de instrumento no artigo 1.015 do CPC, cabendo à parte veicular sua crítica à decisão interlocutória como preliminar em apelação. Logo após a promulgação da lei processual civil, surgiram inúmeras hipóteses em que a impossibilidade de manejo imediato de recurso à decisão incidental mostrou-se capaz de gerar danos graves e eventual-

mente irreversíveis, como a impossibilidade de agravar da decisão dando-se ou não por competente em matéria de competência absoluta; da decisão saneadora; da determinação de indeferimento de perícia ou outras provas e muitas outras, a demonstrar o equívoco de se criar um rol com a pretensão de abranger todas as possibilidades fáticas e jurídicas necessitadas de agravo imediato.

Surge aí a ideia de ressuscitar o uso de mandados de segurança para, por via oblíqua, obter-se decisão da Instância Superior para tais situações, o que ocorreu nos primeiros tempos do CPC/73, quando o agravo de instrumento só podia ser recebido no efeito devolutivo, impedindo-se mandado de segurança para obtenção do efeito suspensivo – o que foi resolvido ao prever-se a possibilidade, que remanesce no atual CPC, de o Relator do agravo conceder esse duplo efeito ao receber o agravo.

Contra tudo isso, em julgamento recente, datado de sete de dezembro de 2018, o STJ decidiu, em sede de Recurso Especial Repetitivo (nº 1.696.396 e nº 1.704.520), relativizar essa taxatividade, fixando a tese seguinte, em boa hora, com o devido respeito a quem pensa o contrá-

rio: “O rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

A decisão – apertada, por sete votos a cinco – mostra-se em compasso com a realidade e, em vez de extrapolar os limites impostos pelo legislador, como querem alguns, corrige um erro grave, originado na presunção e pretensão positivista de que todas as situações de urgência e gravidade possam ser antecipadamente previstas ou antevistas pelo legislador. Não há agilidade ou celeridade processuais que possam prevalecer diante da possibilidade concreta de danos irreversíveis ou de grande onerosidade (evitável) às partes.

Os aspectos aqui apontados, brevemente, são apenas alguns que se oferecem com maior frequência ao juiz – e nossa experiência pessoal na Segunda Instância nos levou a enfatizá-los nos recursos. Mas logicamente muita coisa foi alterada para melhor, como a insistência – nunca demasiada – na conciliação e mediação e a também insistente busca pela jurisprudência íntegra, estável e segura

(CPC, 926, “caput”), em prol da segurança jurídica e da maior previsibilidade das decisões – o que pode sensibilizar juízes individualmente, mas para a sociedade como um todo é reconfortante, evitando-se a roleta de decisões aleatórias e contraditórias muitas vezes dentro de uma mesma Comarca ou Tribunal.

Muito está ainda por vir. A sedimentação da jurisprudência e mesmo da doutrina diante de um novo diploma legal de grande magnitude é trabalho de anos e por vezes décadas, mesmo porque muitas hipóteses nem sequer foram pensadas pelo legislador, ou foram pensadas de forma incompleta, gerando aos intérpretes a necessidade de, debruçando-se sobre os casos concretos, darem às normas sua melhor teleologia, sua melhor utilidade ao corpo social a que se destinam. Um processo contínuo, irreversível e inevitável.

CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAL

Camila Fernanda PINSINATO COLUCCP

Resumo: Trata o presente artigo da dicotomia celeridade processual versus efetividade do resultado do processo. O objetivo da pesquisa foi tentar verificar se celeridade seria um sinônimo de efetividade processual, isto é, se seriam obtidos resultados justos e eficazes no processo se o mesmo fosse decidido pelo Poder Judiciário no tempo mais breve possível. Ao longo do texto, foram apresentadas situações que geram a demora do processo, bem como possíveis diretrizes que podem ser observadas em prol de se obter a máxima efetividade no menor tempo possível.

Palavras-chave: Processo; dilação; celeridade; efetividade; duração razoável.

Abstract: The present article is about the dichotomy of procedural speed versus effectiveness of the result of the process. The objective of the research was to try to verify if celerity would be a synonym of procedural effectiveness, that is, if fair and effective results could be obtained in the process if it was decided by the Judicial Court in the shortest possible time. Throughout the text, situations that generate the delay of the process were presented, as well as possible

² *Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora das disciplinas de Direito Civil e Processo Civil do UniAnhietá desde o ano de 2014. Advogada nas áreas de direito civil e direito da infância e juventude nas cidades de Jundiá e São Paulo.*

guidelines that can be observed in order to obtain the maximum effectiveness in the shortest possible time.

Keywords: Process; procrastination; celerity; effectiveness; reasonable duration.

INTRODUÇÃO

O processo civil estatal é um dos modelos de resolução de conflitos que temos à nossa disposição desde há muito. Temos ainda outros meios, que foram surgindo com o tempo, como arbitragem, conciliação e mediação. Mas, ao pensarmos no processo em seu modelo estatal, vemos, desde sua origem, o objetivo de substituir a vontade das partes pela vontade do Estado-juíz na resolução de pendências. Assim, o objetivo principal do processo é o de resolver a lide e trazer a pacificação social, como consequência.

Se a sociedade está segura de que, por intermédio do processo, os conflitos serão resolvidos da forma mais justa possível, mesmo que venhamos eventualmente a sofrer um revés em nossos alegados direitos, nos conformaremos, sabedores que somos de que todos os princípios processuais foram adequadamente observados e que não há necessidade de se discutir mais. Afinal, se houve o revés, é porque não havia o direito pleiteado.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”.³ Está o autor baseado em fala de Giuseppe Chiovenda, que dizia que o processo deveria servir para “dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.⁴ Mas para que isso aconteça, faz-se necessário que o processo venha a observar toda uma gama de princípios, garantias e disposições que façam com que o resultado do mesmo seja de fato o mais justo possível. Assim, primeiramente, deve-se buscar a Constituição Federal e seus princípios aplicáveis ao processo. Estamos modernamente frente ao chamado direito processual constitucional, aduzindo Cândido Rangel Dinamarco que “(...) o processo é profundamente influenciado pela Constituição e pelo generalizado reconhecimento da necessidade de tratar seus institutos e interpretar sua lei em consonância com o que ela estabelece”.⁵ Mais adiante, afirma o renomado processualista que “direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 132.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais; a relação ordinária de cognição*. trad. Paolo Capitanio. v. I. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 42.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 55.

do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela”.⁶

O processo é instrumento do direito material, é a forma pela qual as pessoas conseguem ver seus conflitos resolvidos. Resolver um conflito não significa simplesmente o término do processo, o trânsito em julgado do mesmo. Há necessidade de que todo esse trâmite processual desemboque na resolução do conflito na vida da pessoa, entregando a ela seu bem da vida violado ou ameaçado. Vê-se, assim, que a sociedade, cada vez mais, necessita do chamado processo civil de resultados, que consiste “(...) na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo”.⁷

CELERIDADE E EFICIÊNCIA PROCESSUAL

Para que consigamos atingir esse processo de resultados, essa efetiva pacificação das partes (não uma parte frente à outra, mas a parte com ela mesma), imperioso se faz que o processo tenha uma duração razoável, para que, ao final, se tenha, de fato, um resultado útil no caso concreto. Por vezes, o processo se alonga de tal

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 193.

maneira que, ao obter uma sentença favorável, o autor não mais dela necessita, visto que a oportunidade de exercer o direito concedido pela sentença já se esvaiu no tempo.

Denota-se, assim, que o tempo é fator primordial para se alcançar o objetivo final do processo, de resolver conflitos e levar à pacificação social. Nesse sentido, destaca-se lição de Francesco Carnelutti, que aduz que “O valor que o tempo tem no processo é imenso e em grande parte desconhecido. Não seria imprudente comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem trégua”.⁸

Luiz Guilherme Marinoni nos mostra que, se considerarmos o processo de forma abstrata, sem nos lembrar de que há pessoas e casos concretos por trás dele, a importância do tempo no processo acaba se perdendo. Afirma ele que

é claro que, quando o direito processual é reduzido a uma esfera exclusivamente técnica, e assim é desligado da sua relação com a vida social, o tempo acaba não tendo importância. Acontece que não há como deixar de questionar a real capacidade de o processo atender às necessidades dos jurisdicionados e, para tanto, além de problemas como o do custo, importa o significado que o tempo aí assume, em especial como o

*tempo repercute sobre a efetiva proteção do direito material.*⁹

Ainda de acordo com o mesmo autor, agora em obra com Sérgio Cruz Arenhart, “É necessário que ao tempo do processo seja conferido seu devido valor, uma vez que, no escopo básico de tutela dos direitos, o processo terá maior capacidade para atender aos anseios do cidadão quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão”.¹⁰

Cândido Rangel Dinamarco aduz que uma das maiores debilidades do sistema processual brasileiro é “sua inaptidão a oferecer uma justiça em tempo razoável, sendo sumamente injusta e antidemocrática a outorga de decisões tardas, depois de angustiosas esperas e quando, em muitos casos, sua utilidade já se encontra reduzida ou mesmo neutralizada por inteiro”.¹¹

A correlação tempo-processo, desembocando na necessidade de que o processo tenha uma duração razoável para ser efetivo, tem previsão constitucional. Nossa Constituição, no art. 5º, LXXVIII, traz que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111.

⁸ CARNELUTTI. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 354.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. I. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 191.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 66.

duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Deve-se destacar que a duração razoável do processo é considerada como direito fundamental, estando prevista em diversos diplomas internacionais que tratam de direitos humanos. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, no art. 6º, §1º, determina que “toda pessoa tem direito a uma audiência equitativa e pública, dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial.” A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) determina, em seu art. 8, I, que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Ressalta Eduardo Arruda Alvim que “a ideia da razoável duração do processo é que este se inicie e termine de forma breve, porém eficaz. Isso porque a prestação da tutela jurisdicional de forma tardia pode fazer com que pereça o direito

ao jurisdicionado ou que a utilidade deste fique esvaziada”.¹²

O art. 4º do CPC tratou do prazo razoável no processo, levando para a legislação infraconstitucional o quanto previsto pelo art. 5º, LXXVIII, CF: “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Nas palavras de Cássio Scapinella Bueno, salutar foi a redação dada ao art. 4º, CPC, ao incluir dentro do prazo razoável para conclusão do processo também a atividade satisfativa, afirmando que “é regra que permite compreender mais adequadamente o processo sincrético (...) sempre com a finalidade principal de verificar para quem a tutela jurisdicional deve ser prestada e também criar condições de sua efetiva prestação, isto é, a satisfação do direito tal qual reconhecido existente pelo Estado-juiz”.¹³ No mesmo sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que deixam muito claro que a tutela jurisdicional precisa ser tempestiva mas também efetiva. “Quando se fala em tutela efetiva, deseja-se chamar a atenção para a necessidade de a tutela jurisdicional poder realizar concretamente os direitos, e não

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 209-210.

¹² ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 157.

¹³ BUENO, Cassio Scapinella. *Novo código de processo civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

apenas declará-los (ou proclamá-los, pois a lei já cuida disso) ou simplesmente condenar o demandado a pagar o equivalente ao valor do dinheiro”.¹⁴

Cabe, no momento, a análise sobre celeridade e duração razoável do processo. Verifica-se que celeridade e duração razoável não podem querer significar que o processo simplesmente termine dentro do prazo mais curto possível. Celeridade deve ser entendida, aqui, como a prática do máximo possível de atos processuais dentro do menor espaço de tempo possível. Somente assim se conseguirá o equilíbrio entre celeridade e eficiência processual.

De acordo com Rui Portanova,¹⁵ celeridade é sinônimo de brevidade, significando que o processo deve ter andamento o mais célere possível. É a celeridade uma das quatro vertentes do princípio da economia processual, sendo as outras a economia de custo, economia de atos e eficiência do Judiciário.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, “O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tomados mais

eficientes (...) sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos.”¹⁶

Porém, conforme demonstra Fernando da Fonseca Gajardoni, o desafio do processo civil contemporâneo é justamente de se chegar ao equilíbrio entre tempo e segurança: “A decisão judicial tem que compor o litígio no menor tempo possível. Mas deve respeitar também as garantias da defesa (*due process of law*), sem as quais não haverá decisão segura”.¹⁷ Afinal, “Celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização”.¹⁸ Outro ponto importante levantado posteriormente pelo autor é que “quanto mais tempo se passa entre o fato a ser apurado e a data do julgamento, menos condições tem o órgão julgador de solucionar com segurança e justiça o litígio”.¹⁹

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

¹⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 171.

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Art. 1º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil: arts. 1º a 317*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

¹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 41. Mais adiante o mesmo autor esclarece que “Pacificar com celeridade, tornando o processo efetivo, sem descaracterizá-lo, sem torná-lo arbitrário ou aleatório, e, principalmente, sem perder de vista os princípios e garantias fundamentais, é o desafio do processo civil contemporâneo” (p. 62).

¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 41.

¹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 48.

No ensinamento de Vitor Fonseca,²⁰ “O direito previsto no art. 4º é o de se obter uma solução com razoabilidade de prazo, e não com celeridade. Processo com razoável duração não significa necessariamente processo rápido”. Segundo ele, tudo dependerá da quantidade de partes envolvidas e também do assunto a ser discutido dentro do processo.²¹

Ademais, segundo Rui Portanova, ainda que a celeridade seja um direito fundamental do cidadão, não se pode deixar de abrir mão de garantias processuais.²²

Alerta Ney Alves Veras que “a necessidade de celeridade deve caminhar de braços dados com o devido processo legal, sem sacrifício dos direitos fundamentais que nosso País demorou séculos para conquistar”.²³

Analisa Nelson Nery Jr. a celeridade frente às demais garantias processuais, concluindo que

²⁰ FONSECA, Vitor. Art. 4º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil: arts. 1º a 317. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93.*

²¹ FONSECA, Vitor. Art. 4º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil: arts. 1º a 317. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93.*

²² PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 174.*

²³ VERAS, Ney Alves. *Teoria geral do direito processual civil. In: PUCCINELLI JR., André (coord.). Manual de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.*

A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O mito da rapidez acima de tudo e o submissão do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Cassio Scarpinella Bueno faz a ligação inseparável entre os princípios da duração razoável do processo e o da eficiência processual. “O que deve ser revelado nele, a despeito do texto constitucional, é verificar como economizar a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez”.²⁴

Nessa esteira, Fredie Didier Jr. critica a terminologia “celeridade”, entendendo que o ideal é se usar duração razoável do processo:

não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Art. 1º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil: arts. 1º a 317. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.*

*tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. (...) A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito.*²⁵

Vitor Fonseca ressalta que “A eficiência processual parece, na verdade, um meio para se atingir a finalidade do prazo razoável no processo”. Para tal, o Judiciário deve “racionalizar, otimizar e tornar mais eficiente a atividade jurisdicional”.²⁶ E essas atividades devem levar em conta também a fase satisfativa do processo, não bastando entender que tudo se findou com a sentença de primeiro grau.²⁷

FATORES DE DILAÇÃO PROCESSUAL

Mas, afinal, quais são os motivos que poderiam vir a afetar a celeridade e a duração razoável do processo?

²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 59.

²⁶ FONSECA, Vitor. Art. 4º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil: arts. 1º a 317*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

²⁷ FONSECA, Vitor. Art. 4º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil: arts. 1º a 317*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

Luiz Guilherme Marinoni não hesita ao afirmar que parte da dilação pode ser explicada pela própria conduta das partes dentro do processo: “A morosidade da justiça prejudica a efetividade dos direitos fundamentais. E exatamente por isso não é raro que aqueles que o agridem, ou não têm interesse na sua realização, utilizem-se de manobras processuais para tentar alargar o tempo de demora do processo, ou mesmo sirvam-se da sua demora natural para evitar as conquistas sociais”.²⁸

Para José Rogério Cruz e Tucci, há fatores que estão à volta do tema tempo X processo: fatores institucionais, com desprestígio do Judiciário frente a outros poderes; fatores técnicos, como a desvalorização do juiz de primeiro grau e ausência de investimentos materiais no Judiciário e fatores de insuficiência material, com falta de investimento.²⁹

Em outra obra, o mesmo autor continua analisando o tema, e ensina que dilações indevidas são fatores contrários à celeridade e eficiência processual. Para ser assim denominada, a dilação deve decorrer da inércia do órgão jurisdicional. Algumas dilações, assim, não poderiam ser denominadas indevidas, como a ocasio-

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 191.

²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na*

nada pela parte que gera incidentes processuais impertinentes e irrelevantes.³⁰ Eduardo Arruda Alvim, ao estudar o tema das dilações indevidas, se depara com três critérios utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para se concluir se houve dilação indevida do processo. São eles a complexidade do assunto da causa; o comportamento dos litigantes e de seus advogados e a atuação do próprio órgão jurisdicional.³¹

Na visão de Rui Portanova, “as pedras no caminho da celeridade são o acúmulo de serviço (originário dos muitos conflitos sociais que aportam ao Judiciário) e o pequeno número de juízes”.³²

PRAZO RAZOÁVEL E DURAÇÃO DO PROCESSO

Questão que se coloca, então, levando-se em conta todo o descrito acima, é qual seria o prazo razoável para duração de um processo, fazendo com que ele alcance sua máxima efetividade com a maior celeridade possível.

fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 136.

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Duração razoável do processo: art. 5º, LXXVIII da constituição federal*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 327.

³¹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

Há métodos previstos no próprio Código de Processo Civil para desburocratizar o processo e medidas para acelerá-lo. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, a tendência é “desformalizar para agilizar e para facilitar o acesso à justiça”.³³

Mesmo antes do advento do art. 4º do Código de Processo Civil de 2015, medidas já existiam no sentido de acelerar a marcha processual. De acordo com Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, o art. 5º, LXXVIII, CF, teve seu reflexo na EC 45/2004, que acrescentou ao art. 93, CF, o inciso XV, que traz a obrigatoriedade de distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição. Acrescentou, também, o inciso XII, que trata da atividade jurisdicional ininterrupta,³⁴ isto é, eliminando a ideia de férias forenses coletivas.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves explicita que o princípio da duração razoável do processo (celeridade), deve ser dirigido

em primeiro lugar, ao legislador, que deve cuidar de editar leis que acelerem e não atravanquem o andamento dos processos. Em segundo lugar, ao admi-

³² PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 174.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 155.

³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79.

*nistrador, que deverá zelar pela manutenção dos órgãos judiciários, aparelhando-os de sorte a dar efetividade à norma constitucional. E, por fim, aos juízes, que, no exercício de suas atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida.*³⁵

Com o princípio da cooperação inscrito no Código de Processo Civil (art. 6º), bem como a lealdade entre as partes, a duração razoável do processo deveria ser estendida também a elas. Atuar lealmente é não estender o processo de forma desnecessária. Afinal, “as partes se comprometem a agir com honestidade, podendo utilizar-se de todos os direitos e faculdades que o processo lhes põe à disposição, mas tudo dentro do critério de utilidade e finalístico do próprio Direito Processual, sob pena de o uso do direito transformar-se em abuso”.³⁶

Para a resolução do problema da duração razoável do processo não há fórmula pronta, devendo ser combinadas estratégias e táticas, atacando-se os pontos de estrangulamento do

³⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1. parte)*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54. Também no sentido de que o princípio da duração razoável do processo já deve ser observado em âmbito legislativo: FONSECA, Vitor. Art. 4º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil: arts. 1º a 317*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 40.

sistema.³⁷ Ressalta José Rogério Cruz e Tucci que “(...) dada a profunda diversidade da performance da justiça nos vários quadrantes do Brasil, a aferição do prazo razoável será absolutamente diferenciada de Estado para Estado, seja no âmbito da Justiça Estadual, seja no dos Tribunais Federais”.³⁸ De acordo com Humberto Theodoro Jr, “não há, nem poderia haver, na lei, uma predeterminação do tempo qualificado como razoável para a conclusão de um processo. O que não se pode tolerar é a procrastinação injustificável decorrente da pouca ou total ineficiência dos serviços judiciários, de modo que a garantia de duração razoável se traduz na marcha do processo sem delongas inexplicáveis e intoleráveis (...)”.³⁹

Fernando da Fonseca Gajardoni entende que um lapso processual razoável exigiria “a consciência de que, tanto quanto uma árvore para dar frutos, cada demanda tem seu tempo.

³⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

³⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 74.

³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Duração razoável do processo: art. 5º, LXXVIII da constituição federal*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 340.

³⁹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. 1. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 65-66.

Exatamente por isso que, nessa análise, fatores internos e externos a cada processo devem ser apreciados”.⁴⁰ Dentre estes fatores, destaca o autor a necessidade de que cada ato processual tenha seu tempo para ser praticado, e que de fato o seja. Outro fator seria a passagem de uma fase processual para a próxima, seja por impulso oficial, seja por impulso das partes. E que, por fim, leve-se em conta o tipo de tutela a ser prestada, o tipo de direito a ser protegido, para que se determine uma duração processual razoável.⁴¹ Outras soluções por ele encontradas seriam mecanismos que não atuem diretamente dentro do processo, mas cujo objetivo seja tornar a máquina judiciária mais eficiente (investimentos no Judiciário, como exemplo); extrajudicialmente, poder-se-iam utilizar mecanismos não estatais de resolução de conflitos (heterocomposição, autotutela); de forma judicial, com instrumentos processuais aptos a eliminar a procrastinação.⁴²

Para Nelson Nery Jr. é possível aferir a razoabilidade da duração do processo levando-se em conta critérios objetivos: “a) a natureza do

processo e complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e ampla defesa”.⁴³ O autor apresenta possíveis soluções para aplicação da celeridade, como o aparelhamento do Poder Judiciário, com capacitação técnica dos juízes e dos elementos materiais. No âmbito administrativo, o reconhecimento de ofício de direitos incontesteáveis ou de vantagens já pacificadas na jurisprudência. Tudo isso levaria a uma melhora na prestação do serviço público.⁴⁴

Finaliza-se com a visão de Humberto Theodoro Jr. sobre o tema. Segundo ele, influem na duração razoável do processo “fatores vários como a natureza e a complexidade da causa, o comportamento das partes e das autoridades judiciárias e a necessidade de respeitar prazos para atos necessários à efetivação do contraditório e ampla defesa”.⁴⁵ Soluções cabíveis seriam,

⁴⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 58.

⁴¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 58-59.

⁴² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 75-76.

⁴³ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 320.

⁴⁴ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 324-325.

⁴⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento co-*

“(…) todas as providências tendentes a evitar diligências inúteis e promover as simplificações rituais permitidas pela lei, sem comprometimento do contraditório e ampla defesa, assim como as que reprimem a conduta desleal e temerária da parte que embarça o normal encaminhamento do processo em direção à composição do conflito”.⁴⁶

CONCLUSÃO

O tema abordado pelo presente artigo toca de perto a atuação do operador do direito frente ao Judiciário e as pessoas que têm seus direitos violados com necessidade de atuação do Estado-juiz. Todos temos direito a que os processos se encerrem dentro de um prazo razoável, observadas ainda todas as garantias e princípios processuais, tendentes a dar-nos a segurança necessária e a certeza de que a decisão proferida era a mais justa dentro do caso concreto.

Variados fatores levam à dilação processual, conforme descrito no texto. Temos, porém, que fazer nossa parte, evitando que nossa conduta como partes ou como operadores do direito agravem ainda mais a situação. Devemos agir

mum. v. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 77.

⁴⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento co-*

com lealdade processual, cooperando para a resolução do conflito de forma rápida, eficaz e segura.

Receita pronta não há. Cada caso concreto é todo um universo de conflitos, anseios e esperanças. Todos os fatores devem ser analisados na busca da solução justa no tempo adequado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. Art. 1º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil: arts. 1º a 317*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29-46.

_____. *Novo código de processo civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNELUTTI. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais; a relação ordinária de cognição*. trad. Paolo Capitanio. v. I. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

mum. v. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 77.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FONSECA, Vitor. Art. 4º, CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao código de processo civil*: arts. 1º a 317. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92 a 99.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*: teoria geral e processo de conhecimento (1. parte). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*: teoria geral do processo. v. 1. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo: art. 5º, LXXVIII da constituição federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 321-342.
- _____. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- VERAS, Ney Alves. Teoria geral do direito processual civil. In: PUCCINELLI JR., André (coord.). *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43-358.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo. v. 1. 16. ed. reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

**ATIVISMO E GARANTISMO NO
PROCESSO CIVIL: APRESENTAÇÃO
DO DEBATE⁴⁷**

Glauco GUMERATO RAMOS⁴⁸

*“Aggiungo queste poche parole solo per sottolineare uno degli spunti di riflessione, che il Tuo importante saggio ha ridestato in me.”
(GIUSEPPE TARZIA – trecho final de carta enviada a Juan Montero Aroca, o principal porta-voz europeu da atual mirada que se pode dar ao processo civil da atualidade. E porque refletir é preciso!)⁴⁹*

**COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E
ADVERTÊNCIA**

⁴⁷ Artigo publicado originalmente na Revista do Ministério Público de Minas Gerais, vol. 18/08, 2009.

⁴⁸ Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Ibero-americano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Presidente para o Brasil do IPDP. Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta (FADIPA). Advogado.

⁴⁹ “Acrescento estas poucas palavras apenas para sublinhar o despontar de algumas reflexões que o Teu importante ensaio despertou em mim.” (traduzi livremente), carta reproduzida no prólogo subscrito por JUAN MONTERO AROCA ao livro de coletâneas por ele coordenado, *Processo civil e ideologia – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 20.

Pouco – ou quase nada⁵⁰ – versado pela doutrina do processo civil brasileiro, o debate ativismo judicial *versus* garantismo processual é bastante intenso e conhecido por toda América espanhola, inclusive com relevante repercussão na Europa (Espanha, Itália e Portugal).⁵¹⁻⁵²

Em linhas gerais, é um debate em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil, ii) dos seus sistemas de enjuizamento⁵³ – inquisiti-

⁵⁰ Na literatura brasileira há um texto importante que deve ser conhecido para que se conheça um pouco mais do debate. BARBOSA MOREIRA, “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, em *Temas de direito processual (nona série)*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, pp. 55-67. Após ter concluído este texto, no final do mês de outubro de 2009, chegou-me as mãos a RePro 177, de novembro de 2009. Nela há um excelente texto do processualista espanhol JOSÉ LUIS VÁSQUES SOTELO, “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil” (RePro 177/93). Neste texto o professor da Universidade de Barcelona dá importante e clara notícia acerca de alguns aspectos do debate aqui tratado, v. em especial pp. 94-112 e respectivas notas.

⁵¹ Cf. *Proceso e ideología*, passim.

⁵² Importante destacar que, no Brasil, ROSEMIRO PEREIRA LEAL há tempo chama a atenção para o fato de que o devido processo legal muitas vezes é aviltado diante das posturas instrumentalistas que preponderam na doutrina interna. Dogmaticamente, ao meu ver, as ponderações do professor da UFMG e da PUC/MG alinham-se ao postulado garantista demonstrado no presente trabalho. Cf. *Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, 8ª edição, passim.

⁵³ Enjuizamento, numa tradução livre da palavra espanhola enjuiciamiento, e não ajuizamento, que em português tem significado distinto do pretendido no texto. Ajuizamento para nós tem significado de propositura da ação; enjuizamento, por sua vez, aqui é utilizado em referência à dinâmica de desenvolvimento do processo até sua conclusão. Será inquisitivo o processo que se desenvolve sob a direção inflexível do

vo ou dispositivo⁵⁴ (*inquisitorial system* e *adversarial system*)⁵⁵ –, iii) do papel do juiz e da

juiz. Dispositivo, quando em seu desenvolvimento há destaque para a atuação e iniciativa dispositiva da parte, ou seja, a parte arca com o ônus de sua eventual falta de diligência.

⁵⁴ Os sistemas inquisitivo e dispositivo também são identificados pela doutrina como sistema publicístico e sistema privatístico, respectivamente. Nesse sentido, inclusive advertindo que nenhum sistema é “quimicamente puro no plano normativo”, JUAN MONROY GÁLVEZ, *Teoria General de Proceso*, Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 155-160. O professor da Universidad de Lima ainda elenca alguns princípios que fariam parte de cada um destes sistemas. Seriam princípios procedimentais do sistema publicístico: direção judicial do processo, impulso oficial, imediação, concentração, boa-fé e lealdade processual, celeridade processual, socialização do processo, integração do direito processual, vinculação e elasticidade, aquisição (=os atos praticados pelas partes se incorporam ao processo e, desde então, já não beneficiarão ou prejudicarão apenas o responsável pela produção do ato), preclusão. Seriam princípios procedimentais do sistema privatístico: iniciativa da parte, defesa privada, congruência e impugnação privada.

⁵⁵ Sobre o *inquisitorial system* e o *adversarial system*, cf. BARBOSA MOREIRA, “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo”, em *Temas de direito processual civil (nona série)*, pp. 39-54. Ver, ainda, FERNANDO GAJARDONI, *Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Editora Atlas, 2008, pp. 107-132. Importante destacar que o *adversarial system* foi deixado de lado no processo civil inglês após entrada em vigor das *Civil Procedural Rules* (=o CPC inglês) em abril de 1999, já que “Depois das CPR, há muito menos espaço para que as partes controlem o desenvolvimento do caso. Isso porque os tribunais passaram a ter expressivos poderes e deveres sobre a gestão dos casos”, cf. NEIL ANDREWS, *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra (orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier)*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

atitude das partes na relação processual, iv) da dimensão constitucional da jurisdição, v) do conteúdo e do significado do devido processo legal, vi) da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, dentre outros.

Na atualidade, o debate ativismo *versus* garantismo divide a doutrina do processo civil da América *hispano-parlante* e gera disputas e/ou polêmicas doutrinárias – às vezes até com “chumbo trocado” – que acabam por apartar os processualistas em verdadeiras “trincheiras ideológicas”.

Aqueles que com certa regularidade frequentam Congressos internacionais de direito processual nos países que nos são vizinhos na Latinoamérica podem certificar *in loco* a intensidade do debate que, repito, não é tratado com o mesmo vigor – a mim me parece que tampouco é tratado – no universo do processo civil brasileiro. Não sei se apenas pelas naturais razões idiomáticas que separam os hispano-parlantes de nós, os luso-parlantes, ou mesmo se por alguma razão político-científico-processual⁵⁶, ou, ainda, se pelo fato de que as posturas sustentadas e defendidas pelos chamados *garantistas*, efeti-

⁵⁶ Assim me refiro às posturas que são adotadas pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que inegavelmente goza de maior destaque entre seus congêneres na Iberoamérica, além de exercer satisfatória influência na doutrina nacional, até porque congrega vários processualistas brasileiros que – cada qual dentro de seu respectivo nível de projeção – têm dado sua colaboração à nossa ciência.

vamente, não encontram eco na doutrina interna do processo civil. Quanto a este último aspecto – ausência de eco das posturas garantistas – afirmo, sem medo de errar, que a grande maioria dos processualistas do nosso país está filiada ao que se apregoa pela voz dos chamados *ativistas*, conforme tentarei demonstrar no decorrer do texto. Nós no Brasil – e obviamente aqui eu me incluo – fomos forjados a pensar e a refletir o processo civil na perspectiva da *Escola processual de São Paulo*⁵⁷, que muitas e boas contribuições nos legou, mas cujos fundamentos, até por força da *Reforma do CPC* e dos notáveis avanços doutrinários do processo civil brasileiro, atualmente vêm sendo revistos e, muitos deles, até mesmo postos em xeque.⁵⁸

Essas “trincheiras ideológicas” a que me referi acima podem ser observadas quando se analisa, num ambiente macroscópico, aquilo que é postulado pelos dois principais Institutos de direito processual da Iberoamérica, o Instituto

⁵⁷ Como dito por NICETO ALCALÁ -ZAMORRA Y CASTILLO, ao se referir ao pensamento processual brasileiro após a forte influência aqui exercida por Liebman, notadamente sobre seus – então – discípulos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Cf. ALFREDO BUZUID, *Grandes processualistas*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1982, p. 10, nota 6.

⁵⁸ Basta que se tenha em mente a reformulação do sistema de execução civil, com a opção pelo processo sincrético e o abandono do processo de execução autônomo para a satisfação do título executivo judicial, para que seja possível diagnosticar que estão sendo fortemente revisitadas antigas doutrinas que nos

Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP, www.iidp.org) e o Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP, www.institutoderechoprocesal.org). O primeiro, de maior impacto no plano nacional, atualmente é presidido pelo processualista chileno e professor da Universidad de Chile, Raúl Tavolari Olivieiros, conhecido defensor das posturas ativistas, cujo nome está ligado à reforma do processo penal em vários países da América Latina. O segundo, de menor impacto no Brasil, até porque são menos os brasileiros que o integram⁵⁹, é presidido pelo professor da Universidad Nacional de Rosario (UNR)⁶⁰, e um dos principais

foram apresentadas como dogmaticamente intangíveis.

⁵⁹ Os brasileiros que integram o IPDP são: Marcus Vinicius Abreu Sampio (SP), Flávio Buonaduce Borges (GO), Marcos Afonso Borges (GO), Petrônio Calmon (DF), Min. Castro Filho (DF), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (RS), Luiz Manoel Gomes Jr. (SP), José Miguel Garcia Medina (PR), Glauco Gumerato Ramos (SP), Roberto Rosas (DF), Eduardo Talamini (PR), Luiz Rodrigues Wambier (PR), Teresa Arruda Alvim Wambier (SP). Neste ano de 2009, quando do XXII Congresso Panamericano de Direito Processual, realizado entre os dias 26-28 de agosto na cidade de Goiânia – vale destacar: o primeiro Congresso realizado pelo IPDP no Brasil –, foram aprovados para integrar o Instituto os nomes de Alexandre Freitas Câmara (RJ), Antonio Gidi (BA, atualmente radicado em Huston, Texas, onde é professor de direito processual da respectiva Universidade) e Osmar Mendes Paixão Côrtes (DF).

⁶⁰ Importante destacar que a Universidad de La Plata – daí a conhecida Escola processual de La Plata, cujo principal representante foi o recém falecido Augusto Mario Morello –, a UNR e a Universidad Católica da Argentina, ambas sediadas na cidade de Rosario,

processualistas da Argentina – e por isso mesmo também da América espanhola –, ADOLFO ALVARADO VELLOSO.⁶¹⁻⁶²

Para uma primeira – e genérica – compreensão do que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o *ativismo judicial* defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao juiz um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o *garantismo processual* defende uma maior valorização da categoria fundamental *processo*, e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a

Província de Santa Fé, detêm os principais núcleos do pensamento processual civil argentino.

⁶¹ No volume I de suas *Instituições*, ao fazer um balanço da história e evolução do direito processual na América Latina, CÁNDIDO DINAMARCO destaca alguns nomes de importância no processo civil argentino, dentre eles está o de ADOLFO ALVARADO VELLOSO, o principal porta-voz do garantismo processual naquele país. Cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 264-265.

⁶² Relembro, como já adverti na nota de rodapé 1, que este texto foi produzido no último trimestre de 2009 e à época estes eram seus presidentes. Atualmente, setembro de 2012, o IIDP é presidido pelo uruguaio ANGÉL LANDONI SOSA e o IPDP pelo chileno HUGO BOTTO OAKLEY. A título de curiosidade, registre-se que o Prof. LANDONI SOSA é genro do lendário EDUARDO COUTURE.

imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Os *garantistas* buscam aplicar as bases dogmáticas do *garantismo* de Luigi Ferrajoli – originariamente voltado às ciências penais (direito material e processo) – ao direito processual civil.⁶³⁻⁶⁴

⁶³ Nesse sentido, JORGE W. PEYRANO: “O autodenominado *garantismo processual civil* – porque, afinal, qual corrente do pensamento processual não vai defender as garantias constitucionais – se apóia em um equivocado transplante ao processo civil do ideário de Luigi Ferrajoli, concebido por e para o processo penal” (traduzi livremente), em *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Buenos Aires: La Ley, 13/8/2009, nota “9”, com possibilidade de acesso na web em: www.laley.com.ar/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf. Nessa mesma nota “9”, PEYRANO lembra outro estudo que liga as ideias do garantismo processual ao garantismo de FERRAJOLI, do professor da Universidad de Lima JUAN MONROY GALVEZ, *Qué es el garantismo procesal civil?*, publicado na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano 2006, n° 9, p. 07 e ss.

⁶⁴ Ver, ainda, ALVARADO VELLOSO: “A dicção *garantista* – ou seu sucedâneo: *garantidor* – provém do subtítulo que Luigi Ferrajoli pôs em sua magnífica obra *Direito e razão e que quer significar que acima da lei, com minúscula, sempre está a Lei, com maiúscula (=a Constituição)*. Em outras palavras: é guar-

Mas, como dito logo no subtítulo, aqui também cabe uma advertência, e de cunho pessoal.

Apesar de ser produto da – assim a chamemos – *Escola brasileira de direito processual*, e por isso mesmo ter em minha base de formação a dogmática *ativista* na qual se pauta a doutrina interna, hoje procuro pensar e operar o processo civil na perspectiva do *garantismo*. Penso que as reflexões em torno do direito processual civil, desde que circunscritas aos confins das diretrizes constitucionais, devem potencializar ao máximo novas posturas propositivas para a melhora da nossa ciência e de seus aspectos pragmáticos.

Nesse panorama não me parece proveitoso que as posturas *garantistas* voltadas ao processo civil não sejam conhecidas, tratadas e trabalhadas – naquilo que convier – pela competente doutrina do direito processual civil brasileiro. Até porque a ciência também evolui com o auxílio da dialética fomentada por ideias antagônicas. Do debate, portanto.

E a minha intenção com este escrito é dar maior visibilidade a este debate.

dar adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica.” (traduzi). Cf., “El garantismo procesal”, na coletânea *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 145.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DEBATE

Ao que tudo indica a *queda da Bastilha* a representar o debate internacional aqui tratado foi a coletânea na qual JUAN MONTERO AROCA reuniu vários textos sobre o tema, escritos por processualistas de vários países da Iberoamérica e também da Itália: *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. E por este momento ter sido a *queda da Bastilha*, é evidente que, antes disso, alguns outros antecedentes importantes podem ser aqui elencados.

1995: O artigo de FRANCO CIPRIANI⁶⁵

Um provável marco a inspirar o debate ativismo *versus* garantismo no processo civil foi o – hoje clássico – texto de FRANCO CIPRIANI⁶⁶ intitulado *Nel centenario del Rego-*

⁶⁵ Quanto à importância do texto de CIPRIANI na evolução histórica em torno dos fundamentos do debate, ver tb. OMAR A. BENABENTOS, *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Rosario: Editorial Juris, 2001, pp. 90-96.

⁶⁶ FRANCO CIPRIANI é conhecido na Itália como importante pesquisador da história do processo civil. A ele coube recuperar fragmentos de uma pequena apostila intitulada *Lezioni di diritto amministrativo*, de autoria de CHIOVENDA, referente às aulas que ministrou na Universidade de Roma nos anos de 1909 e 1910. Cf. CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 258, nota 3.

*lamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*⁶⁷. Neste estudo o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) fez um profundo levantamento histórico dos aspectos ideológicos em que se radicou o CPC austríaco projetado por FRANZ KLEIN.

Apoiado em escritos de MENESTRINA (*Francesco Klein*, 1926, I, p. 270) e CHIOVENDA (“L’oralità e La prova”, 1924, em *Saggi di diritto processuale civile – 1894-1937* –, organizado por PROTO PISANI, II, Milão, 1993, p. 205), CIPRIANI afirma que o *Regulamento de Klein* teve um longo período de *vacatio legis* para bem preparar os juízes com “mão dura”, ao mesmo tempo que pretendeu “amansar” os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento⁶⁸. No desenvolvimento deste importante texto sobre a história do processo civil europeu, FRANCO CIPRIANI adverte sobre a influência do *Regulamento de Klein* na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazi-

fascismo naquele país, bem como da influência deste CPC austríaco em outros diplomas processuais que se lhe seguiram.⁶⁹

Em síntese, CIPRIANI demonstra que o *Regulamento Klein*: i) encara o processo civil como um “mal social” a gerar influência na economia nacional; ii) tratou o processo como objeto social; iii) conferiu viés *publicista* ao processo civil, com “negação” às partes; iv) reforçou os poderes do juiz no processo. É dizer: “um processo construído com menoscabo das partes”⁷⁰, cujo respectivo *Regulamento* foi tachado por parcela expressiva e respeitável da doutrina de, no mínimo, inconstitucional.⁷¹

⁶⁹ *Inclusive no CPC brasileiro de 1973. ALFREDO BUZUID: “(...) ainda no derradeiro quartel do século XIX, dois Códigos – o da Alemanha e o da Áustria – que tiveram grande ascendência sobre os monumentos jurídicos dos tempos atuais. Dado o rigor científico dos seus conceitos e precisão técnica de sua linguagem, impuseram-se como verdadeiros modelos, a que se seguiram as elaborações legislativas dos Códigos do século XX.”*, em “Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro – Conferência proferida na Universidade de Keyo (Tóquio)”, *Estudos e pareceres de direito processual civil (com notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell)*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 33. Ver, ainda, da pena do mesmo BUZUID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Capítulo II – Do sistema do Código de Processo Civil vigente*, n.º 3.

⁷⁰ KÖNIG, *La ZPO austríaca dopo La novella del 1983, 1988*, p. 173, conforme lembra CIPRIANI, *op. cit.*, p. 32, sempre da tradução argentina.

⁷¹ FRANCO CIPRIANI: “Assim, alguns o tacharam de inconstitucional; outros – como o Reitor da Universidade de Viena, Schrutka – lamentaram que ‘aos crescentes poderes e a nobre posição do juiz não correspondera a um aumento proporcional das garantias de independência’ –; outros – como Adolf Wach, valente defensor da concepção liberal do processo – lhe acusaram de estar contra a natureza dis-

⁶⁷ Este texto foi publicado originalmente na Itália em 1995, na *Revista di Diritto Processuale*, pp. 969 e ss. Há duas traduções para o espanhol, uma na Argentina e outra no Peru. Na argentina: ADOLFO ALVARADO VELLOSO, “En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad u autoridad)”, *Revista de Derecho Procesal, Córdoba*, N.º 2, pp. 31 e ss, 2001. A tradução do Peru é de EUGENIA ARIANO DEHO, tem o mesmo título e foi publicada *Revista Jurídica del Peru*, LI, N.º 18, pp. 119 e ss, 2001.

⁶⁸ Cf., na tradução argentina de ALVARADO VELLOSO, *En el centenario del Reglamento...*, p. 31.

Em seu *texto histórico*, FRANCO CIPRIANI ressalta que o CPC austríaco de Klein ultradimensionou o caráter *publicista* do processo civil, onde os juízes tiveram seus poderes “substancialmente aumentados e com a obrigação de ser (também) *capitães* em todas as causas”⁷². Ou seja, criou-se um juiz com grandes poderes de direção no processo.

2000/2001: A conferência de MONTERO AROCA nas XVII Jornadas do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e seu posterior livro “Princípios políticos do novo processo civil espanhol”

Ex-aluno de SALVATORE SATTA na especialização da Universidade de Roma, JUAN MONTERO AROCA escreveu *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*⁷³. Este livro representa uma versão revista e ampliada em

positiva do processo civil; outros, ainda – como o trentino Francesco Menestrina –, de ter sido concebido ‘num momento de ingênuo otimismo’; finalmente outros – como o então jovem Guiseppe Chiovenda –, e sem dissimular sua perplexidade, preferiram não se pronunciar” (traduzi livremente), op. cit., p. 33.

⁷² *Op. cit.*, p. 61.

⁷³ *Livro clássico do processo civil espanhol e publicado pela Editora Tirant lo Blanch: Valencia, 2001. Este livro está sendo traduzido por mim ao português, sob o título Princípios políticos do novo processo civil espanhol – Poderes do Juiz e oralidade.*

“quinze mil palavras”⁷⁴ da – polêmica – conferência de encerramento que o processualista espanhol proferiu nas *XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, organizada pelo IIDP e pela Corte Suprema da Costa Rica, em 20 de outubro de 2000 na cidade de San José.

Os dirigentes do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal encarregaram MONTERO AROCA de ditar uma conferência sob o título “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo (para Iberoamérica) y la oralidad*”, já que naquele mesmo ano de 2000 tinha sido publicada a Ley 1/2000, em 7 de janeiro, que reformulou o processo civil espanhol. Na dita conferência, em suma, AROCA consignou sua constatação de que a nova LEC espanhola NÃO assumia a ideia da *publicização* do processo civil, concepção tão em voga na doutrina do século XX, além do que – para o autor – a recente legislação processual de seu país NÃO guardava qualquer relação com as diretrizes que orientaram o *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, cujo projeto foi apresentando pelo IIDP em 1988, em Montevideú.

Essa conferência de encerramento teria sido o despertar de um novo enfoque ao direito processual civil, na qual foi proposto, a partir das diretrizes políticas que segundo MONTERO

AROCA orientaram a nova LEC espanhola, que o processo civil estava passando por um momento de mudança de paradigma, com a observação do esvaziamento de seu conteúdo *publicístico*. O processualista espanhol chegou mesmo a afirmar que a ele foi imputado o fato de “dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo”.⁷⁵

Ainda em 2000: é realizado o “II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista” na cidade de Azul, Província de Buenos Aires

Organizado em conjunto pela *Universidad Nacional de Rosario* (UNR) e pela *Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires*, o “Congreso Internacional de

Derecho Procesal Garantista” é um importante evento no calendário científico do direito processual argentino. Realizado desde sua primeira edição na *cervantina* cidade de Azul⁷⁶, a 300 Km da capital Buenos Aires, este Congresso realizou sua 10ª edição no ano de 2008⁷⁷, onde se deliberou que os encontros não mais serão anuais, mas sim bienais.

Em novembro de 2000, portanto alguns dias após a conferência de MONTERO AROCA ditada no Congresso do IIDP na Costa Rica, foi realizada a 2ª edição do Congresso de Direito Garantista de Azul. Nessa ocasião, devido à repercussão do que dissera AROCA no congresso da Costa Rica, o texto base daquela conferência foi copiado e distribuído a todos os então congressistas.

⁷⁴ Cf. *Los principios políticos...*, em *Introducción*, nota 1, p. 11.

⁷⁵ *Proceso e ideología...*, Prólogo, p. 17. Nessa mesma página 17, vale destacar o que escreveu MONTERO AROCA: “No mesmo momento da conferência, e logo a partir daquele dia, adverti que algo raro estava a acontecer ao meu redor. Já ao finalizar a intervenção me pareceu que parte dos membros do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal não estava muito de acordo com o que haviam escutado, e se pode ver entre eles mostras de desconformidade não habitual em conferências de encerramento de congressos, enquanto outra parte aplaudia com convicção pouco habitual nesses atos e exteriorizava sua conformidade de maneira mais expressiva do que de costume. Desde então ocorrem acontecimentos que podem ser qualificados de insólitos e que seguem me surpreendendo; a algum deles me referirei a seguir, mas adianto que já

me acusaram de dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo.”

⁷⁶ A cidade de Azul é a única cidade da América Latina que tem o “certificado cervantino”, conferido por autoridades culturais da Espanha para as cidades de outros países com expressivo acervo das várias edições da obra de Miguel de Cervantes. É caso de um colecionador particular de Azul.

⁷⁷ Nesse X Congreso de Derecho Procesal Garantista de Azul, em 2008, estive presente e ministrei palestra sobre o tema *Panorama de las tutelas de urgencia en el proceso civil brasileño* onde, após fazer uma exposição sistemática da tutela de urgência no Brasil, sustentei – como não poderia deixar de ser – a total constitucionalidade delas, o que, por alguns fundamentos dogmáticos que arrolarei neste texto, não é aceito sem críticas pelos garantistas.

Além da presença de JUAN MONTERO AROCA como conferencista no evento, essa 2ª edição também contou com a participação e conferência de FRANCO CIPRIANI. Devido ao eco de suas ideias a favor do *garantismo* no processo civil italiano, foi aquele seu texto sobre o centenário do *Reglamento de Klein* traduzido ao espanhol por ADOLFO ALVARADO VELLOSO⁷⁸ e, no congresso, distribuído a todos os presentes.

E foi nessa ocasião que CIPRIANI, após tomar conhecimento da conferência de MONTERO AROCA, viu que suas ideias libertárias e *garantistas* em torno do processo civil coincidiam com aquilo que o processualista espanhol havia falado alguns dias atrás nas *XVII Jornadas* do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Alguns meses depois, já em 2001, foi publicado na Espanha o livro *Los principios políticos*. FRANCO CIPRIANI toma conhecimento da obra e se encarrega de traduzi-la ao italiano.

2002: A tradução de FRANCO CIPRIANI – “I principi politici del nuovo processo civile spagnolo” – do livro de MONTERO

⁷⁸ O professor ALVARADO VELLOSO é um dos organizadores do Congresso de Azul.

AROCA, o primeiro de um processualista espanhol traduzido ao italiano⁷⁹

O mesmo CIPRIANI que escreveu sobre as diretrizes autoritárias e *publicistas* do *Reglamento de Klein*, após tomar conhecimento do texto base da conferência de MONTERO AROCA em São José da Costa Rica, e de seu então recém-lançado livro *Los principios políticos...* (2001), encarregou-se de traduzi-lo – não pessoalmente – ao italiano.⁸⁰

A este livro FRANCO CIPRIANI fez agregar um prefácio⁸¹ – um tanto quanto ácido, diga-se de passagem – no qual lembra que vem sendo tachado na doutrina do processo civil de seu país, ao lado, dentre outros, de GIROLAMO MONTELEONE, de *revisionista*⁸², devido à sua defesa em prol de um novo processo civil italiano adequado à Constituição em vigor desde 1948, já que o CPC de 1940, influenciado pelo

⁷⁹ Nesse sentido o texto de IGNÁCIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español”, em *Proceso e ideología*, p. 29-30.

⁸⁰ Trata-se de *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, tradução italiana de Bratelli-Magrino, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

⁸¹ “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, tradução ao castelhano de EUGENIA ARIANO DEHO, em *Proceso e ideología*, p. 51-64.

⁸² A adjetivação de *revisionista* foi dada por SERGIO CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, em *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 410, em nota de rodapé, apud CIPRIANI, *op. cit.*, p. 55, nota 12.

Regulamento de Klein, além de produto da era fascista de Mussolini, teria um viés *antiliberal* e *autoritário*.⁸³

CIPRIANI chama a atenção que, na Itália, em contraposição aos *revisionistas* estão os *negacionistas*, como PROTO PISANI, para quem o CPC de 1940 “se excedeu um pouco ao reforçar os poderes do juiz a despeito das garantias das partes”, e SERGIO CHIARLONI. Negam estes, segundo FRANCO CIPRIANI, que o CPC italiano de 1940 seja autoritário e que precise ser adequado à Constituição de 1948.

No prefácio à tradução italiana do livro de MONTERO AROCA, o professor da Universidade de Bari afirma que a substancial identidade entre o autoritarismo *fascista* e *comunista* explica o porquê de estudiosos notoriamente de esquerda, como PROTO PISANI e CHIARLONI, procurarem legitimar o CPC italiano de 1940.⁸⁴

A apresentação da tradução italiana do livro ocorreu no ensejo de um Seminário Internacional celebrado entre os dias 16 e 18 de maio de 2002, em Roma, onde, dentre outros, esteve presente GIOVANNI VERDE, à época Vice-presidente do *Consiglio Superiore della Magistratura*. Poucos meses após este conclave, VERDE faz publicar um artigo na *Revista di*

*Diritto Processuale*⁸⁵ integralmente dedicado – embora assumidamente não emparelhado – ao livro de MONTERO AROCA e ao – nas palavras do próprio VERDE – “polêmico” prefácio de CIPRIANI.

2006: A coletânea organizada por MONTERO AROCA, “Proceso e ideologia – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”

Após a publicação do artigo de VERDE na Itália e sua tradução ao espanhol pelo então Presidente do IIDP, ROBERTO BERIZONCE, e respectiva publicação na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (vide nota 33), uma série de textos versando sobre essa temática ideológica do processo civil se seguiu na América Latina e na Europa.

Assim é possível arrolar os autores, os títulos, a nacionalidade e as respectivas épocas de publicação desses textos⁸⁶, e todos na se-

⁸³ *Op. cit.*, p. 53.

⁸⁴ *Op. cit.* pp. 59-60.

⁸⁵ “*Le ideologie del processo in un recente saggio*”, *Rivista di Diritto Processuali*, 2002, pp. 676-687. Este texto foi vertido ao castelhano e publicado na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2003, 3, pp. 31-44, “*Las ideologías del proceso em un reciente ensayo*”. A tradução foi feita pelo então Presidente do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, o processualista argentino ROBERTO BERIZONCE. Cf., *Proceso e ideología*, Prólogo, p. 18.

⁸⁶ *Limito-me a informar apenas estes dados (autor, título, nacionalidade e ano da publicação), já que as respectivas fontes e mesmo os textos na integralidade*

quência do já mencionado artigo de GIOVANNI VERDE: FRANCO CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, 2003, Itália; GIROLAMO MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni de um “revisionista”*, 2003, Itália; JOAN PICÓ Y JUNOY, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, 2003, Espanha; JUAN MONTERO AROCA, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, 2004, Espanha; GIOVANNI VERDE, *Postilla*, 2004, Itália; GIROLAMO MONTELEONE, *El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil* (traduzido ao espanhol por José Luis Gabriel Rivera), 2005, Itália; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O neoprivatismo no processo civil*, 2005, Brasil⁸⁷; ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, 2005, Argentina; LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, 2006, Portugal.⁸⁸

encontram-se reunidos em Proceso e ideologia, passim.

⁸⁷ Ao leitor brasileiro interessará saber que este texto está publicado, dentre outros lugares, nos clássicos e imprescindíveis *Temas de direito processual* (nona série), pp. 87-101.

⁸⁸ Este texto do processualista português foi escrito, a pedido de MONTERO AROCA, para inclusão na

No interregno desta cadeia houve um incidente ocorrido na jurisprudência argentina, especificamente quanto a um acórdão proferido pela Suprema Corte da Província de Buenos Aires, datado em 29/out/2003.

Nesse acórdão discutiu-se sobre a possibilidade de ser “relativizada a coisa julgada”, já que um aspecto da sentença de primeiro grau não foi objeto de recurso, no caso específico a utilização de um determinado índice de correção. Quando da execução do julgado, o devedor alegou que o índice que prevaleceu na sentença era o errado e que isso traria uma grande “injustiça” na situação concreta. Houve recurso, provido em segundo grau. Em sede de recurso extraordinário foi pedido que fosse mantida a decisão de primeiro grau e que o tribunal, como não houve recurso específico no momento oportuno, não poderia alterar o que estava definido pela coisa julgada. Na instância extraordinária – Suprema Corte da Província – os respectivos Ministros dividiram-se quanto à solução do caso. Metade dos 8 (oito) magistrados rejeitou o recurso extraordinário por entender que o tribunal *a quo* teria a possibilidade de “relativizar a coisa julgada”; a outra metade entendeu por acolher o recurso para que fosse mantida a decisão

coletânea Proceso e ideologia, e representa uma resenha do livro do mesmo autor, Direito Processual Civil. As origens em José Alberto dos Reis, Lisboa, 2002.

de primeiro grau, não impugnada à época quanto ao capítulo que tratava do índice de correção. Para dirimir a controvérsia, e dentro das respectivas regras de Organização Judiciária, foi necessário o voto do Presidente do Tribunal de Casación Penal, FEDERICO DOMÍNGUEZ.

Em seu voto de minerva – de cunho inegavelmente *garantista*, na ótica do debate ideológico neste texto tratado –, FEDERICO DOMÍNGUEZ deu provimento ao recurso extraordinário por entender que a “*relativização da coisa julgada*” era uma gravíssima afronta ao devido processo legal previsto na Constituição, e que ao juiz é vedado “revisar uma questão fenechida pela inatividade, em tempo oportuno, de uma das partes”, e segue afirmando que “Ao mudar, o órgão jurisdicional, as regras do jogo, necessariamente rompe com a igualdade que deve existir entre as partes.”⁸⁹

Após a publicação deste acórdão – lembre-se, datado em 29/out/2003 – foi publicada uma nota comentando-o, no periódico *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, de 18/fev/2004. Esse comentário foi assinado por AUGUSTO MARIO MORELLO, falecido em abril deste ano de 2009⁹⁰, e sem dúvida alguma um dos principais processualistas da história da Argenti-

na. Representante da chamada *Escola processual de La Plata*, AUGUSTO MORELLO também foi um dos principais defensores do *ativismo judicial* em seu país e no plano internacional. Em seu comentário⁹¹, MORELLO teceu severas críticas ao posicionamento externado naquele voto dirimente por FEDERICO DOMÍNGUEZ e aos fundamentos que alicerçaram a respectiva solução, baseada, inclusive, em citações e referências expressas à obra e ao pensamento de JUAN MONTERO AROCA.

Em 05/mai/2004, na mesma *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, MONTERO AROCA “pede a palavra”⁹² e publica uma espécie de prédica em favor da postura jurisprudencial adotada por DOMÍNGUEZ em seu voto de desempate, ao mesmo tempo em que chama a atenção para o fato de que o comentário de MORELLO ao acórdão exteriorizava a imposição de um único modo de pensar.⁹³

tuma que lhe prestou ROBERTO O. BERIZONCE, “Augusto Mario Morello”, *RePro* 174/376.

⁹¹ Salienta-se que AUGUSTO MORELLO não permitiu que este seu comentário fosse publicado na coletânea organizada pelo processualista espanhol. Cf. MONTERO AROCA, *Proceso e ideología*, Prefácio, p. 23-23.

⁹² “La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones pido la palabra”, cf. em *Proceso e ideología*, pp 263-276.

⁹³ MONTERO AROCA: “A nota do Dr. Morello deve ser lida sob duas perspectivas: uma concreta, referente ao voto do Dr. Dominguez, e outra geral, atinente aos estudiosos e a suas conferências ou publicações. A cada um sem seu âmbito, o Dr. Morello os censura basicamente da mesma forma, mas que me seja per-

⁸⁹ Cf. *Proceso e ideología*, p. 262.

⁹⁰ Sobre importância de Morello para o processo civil de seu país e da Iberoamérica, v. a homenagem pós-

Após este texto de MONTERO AROCA “pedindo a palavra”, AUGUSTO MARIO MORELLO dirige uma carta ao professor valenciano, datada em 04/jun/2004, com nítido propósito de – ao menos assim me pareceu de sua leitura – rumar o “barco do debate” para águas calmas, iniciando sua breve missiva esclarecendo os motivos que o levaram a lançar a nota ao julgamento da Suprema Corte da Província de Buenos Aires:

“Prezado Montero Aroca: Minha nota ao acórdão da SCPBA teve um claro e único propósito: tentar que não se instale entre nós um método e estilo de exposição crítica excessivamente ideológica e carregado de adjetivações desqualificadoras em relação aqueles que pensam diferente.”⁹⁴

Dias após, em 23/jun/2004, MONTERO AROCA responde a MORELLO no mesmo tom conciliatório, mas com tomada de posição – ao menos assim também me pareceu da leitura da respectiva carta –, e aproveita para fazer um apelo ao professor argentino para que o debate autoridade/liberdade no processo (= *ativismo* X *garantismo*) fosse sugerido por ambos, ao Presi-

mitido ficar no lado que me afeta, que é o âmbito da comunidade de estudiosos.” (traduzi livremente), op. cit., p. 271.

⁹⁴ Cf. *op. cit.*, pp. 277-278.

dente do IIDP, como tema central das Jornadas Iberoamericanas que se realizariam em 2006.

“Por isso me atrevo a fazer uma proposta. Organizar um debate público nas próximas Jornadas Iberoamericanas, as de 2006, sobre ‘Autoridade e liberdade no processo (civil e penal)’, onde teríamos 4 conferencistas: dois (um civil e outro penal) por cada uma das posições. Se te parece bom, poderíamos tentar convencer ao Presidente do Instituto, e que assim fique combinado nas Jornadas de Caracas, em outubro próximo, depois nós finalizaríamos os detalhes. Poderíamos ir adiantando ao assunto em minha próxima visita a Argentina, no mês de setembro. Com a amizade de sempre.”⁹⁵

A partir do acórdão, da nota de MORELLO em *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, da pré-dica de MONTERO AROCA no mesmo periódico, e das cartas trocadas entre ambos, o processualista espanhol teve a iniciativa de compilar os principais textos até então publicados na América Latina e Europa sobre a temática *ativismo/garantismo*, autoridade/liberdade, no processo civil. Enfim, sob um novo e possível enfoque que pode ser dado a nossa ciência, sempre na perspectiva de sua melhora.

⁹⁵ Cf. *op. cit.*, p. 279-280. Em nota de rodapé, MONTERO AROCA relembra que o debate proposto

Temos aqui a evolução histórica do debate.

FECHAMENTO: POR UM PROCESSO CIVIL GARANTISTA

O *ativismo judicial* radicou-se na base da retórica discursiva da dogmática processual e da jurisprudência por ela influenciada. Decantada em verso e prosa no processualismo iberoamericano em geral, temos que a pragmática do *ativismo* fomenta posturas judiciais antidemocráticas e antirrepublicanas, seja na arte do *proceder*, seja na arte do *decidir*. Aqui não vai qualquer crítica ao processualista e/ou ao juiz de inclinação *ativista*. Esclareça-se o ponto! Mas vai aqui uma crítica contundente a toda e qualquer investida daqueles que supõem ser o ambiente do processo jurisdicional um território feudal cujas regras possam ser arbitrariamente criadas pelo respectivo senhor, o juiz e/ou o tribunal. Penso que já é hora de os operadores do processo, sejam os juízes, sejam os advogados e principalmente os respectivos professores, conscientizarem-se de que conceitos como “justo” ou “justiça” não integram o Direito ou o processo jurisdicional que lhe torna concreto na vida das pessoas.

na carta não foi levado a cabo pelo IIDP, como jamais se realizou.

Se o Direito operasse com o “justo”, não teria havido espaço ao regime legal escravocrata que imperou no Brasil. Se o Direito operasse com o “justo”, não teria havido espaço ao nazismo. Se o Direito operasse com o “justo”, não teria havido espaço ao AI-5. Se o Direito operasse com o “justo”, a alíquota do imposto de renda da pessoa física não seria no patamar assustador de 27,5% sobre o patrimônio gerado. Se o Direito operasse com o “justo”, bastaria ele – o Direito – e só ele para contornar, resolver e redimir todos os males sociais. Mas não é assim que acontece. Justiça não é outra coisa senão um sentimento, e isso a razão nos revela.

Muito embora sedutor, o discurso processual pautado em argumentos *metajurídicos* (=”justiça”, “verdade real”, “paz social”, “processo justo” etc.) acaba por legitimar o arbítrio e o subjetivismo da pessoa física detentora do poder judicial, que acaba por justificar sua tomada de decisão com base no próprio sentimento subjetivo em relação ao “justo”. Toda vez que isso acontece, invariavelmente há o rompimento das *garantias* constitucionais negativas que impedem que o Poder seja manejado com arbítrio e, portanto, fora dos quadrantes democráticos e republicanos estabelecidos pela ordem constitucional.

“Justiça”, ou o que é “justo”, identifica-se com o subjetivismo que é próprio de cada

pessoa. Suas idiossincrasias, portanto. O que pode ser justo para você, necessariamente não o será para mim. E assim a vida segue. Por isso é que por um imperativo de ordem lógica o Direito e/ou o processo jurisdicional que lhe dá vida não operam com o valor “justiça”, a não ser em nossas especulações metajurídicas.

Soa até intuitivo que o Direito tem dois atributos que lhe são fundamentais: i) vincular subjetivamente as relações que regula e ii) gerar segurança jurídica a partir de sua existência. E isso passa ao largo do sentimento de cada um de nós a respeito do que vem a ser “justiça”.

Por isso, qualquer um que desfralde a bandeira do *ativismo judicial* para que se alcance um “processo civil justo”, ainda que inconscientemente estará legitimando um juiz que resolva os problemas de maneira “justa”, o que logicamente coincidirá com o “justo” da cabeça daquele juiz. Ou seja, consagra-se o arbítrio judicial e amesquinham-se regras democráticas e republicanas que transbordam da nossa Constituição, como a separação dos poderes, a liberdade, a segurança jurídica, o devido processo legal, a ampla defesa, a imparcialidade judicial etc.

Lamentavelmente a vida prática nos mostra que operamos um processo civil permeado por um *ativismo judicial* próprio de um Estado paternalista, dirigista e avassalador, onde

se permite que o detentor do poder jurisdicional – o juiz – possa “escolher” o resultado mais “justo” que arbitrariamente lhe for ditado pelo seu sentimento pessoal de “justiça”. E com isso nos esquecemos, mais uma vez, de que a nossa opção por uma vida republicana impõe aos nossos juízes que decidam com base nas regras constitucionais e legais às quais estão vinculados.

Numa democracia-republicana como a brasileira, o equivocado *ativismo judicial* implica “escolha” por parte da autoridade judicial *ativista*. E “escolha”, enquanto atributo republicano, é algo que faz parte da essência política que orienta as condutas do Executivo e do Legislativo, jamais do Judiciário. Juiz que “escolhe” o que é “justo” na hora de julgar não se comporta como juiz, mas como um “político”, e o juiz “político”, por definição, não é juiz. E todas essas distorções são reflexos desencadeados pelo *ativismo judicial* que nos governa.

É por isso que a sociedade em geral, e a comunidade jurídica em especial, deveria empunhar a bandeira por um processo civil *garantista*, na esteira daquilo que é ensinado por uma corrente minoritária, é verdade, mas efetivamente crescente no ambiente iberoamericano, e à qual me orgulho de pertencer!

O processo civil de viés *garantista* se contrapõe ao *ativismo judicial* exatamente para

que as garantias a todos consagradas em nossas Constituições sejam de fato observadas pelos detentores do poder jurisdicional. Estes devem preferir suas decisões com base nas regras preexistentes, em especial as de nível constitucional, e não com base no próprio arbítrio e subjetivismo que acaba rompendo com os valores democráticos e republicanos que optamos por viver e que, perigosamente, fomenta esse *ativismo judicial* que observamos no dia a dia do Judiciário.

Mas se para as regras existem as exceções, aqui dou meu testemunho de que também não são poucos – por sorte de todos nós – os juízes cômicos de suas limitações constitucionais e por isso sabem que seu papel perante a sociedade é no sentido de julgar e não “criar” soluções com base no próprio arbítrio.

Ou focamos nossos esforços em prol de um processo civil *garantista*, ou então prosseguiremos subservientes às arbitrariedades que – sob o sacrossanto manto da toga – são cometidas em nome do *ativismo judicial*, sob o argumento retórico de se alcançar um processo civil “justo”.

Do contrário assistiremos o triunfo do arbítrio, ainda que velado.

Glauco GUMERATO RAMOS⁹⁸

Resumen: El texto propone un análisis crítico de la prueba de oficio en el marco del debate activismo judicial *versus* garantismo procesal, afirmándose que las dos posturas dogmáticas deben compatibilizarse para la concreción de la Constitución. Sin perjuicio que la *jurisdicción* (=poder) autoriza al juez la producción oficiosa de la prueba, el presente artículo pretende sostener que ese hecho rompe la imparcialidad e imparcialidad exigible al órgano jurisdiccional. Lo anterior determina la necesidad de inhibir y apartar al juez del proceso para que otro en su reemplazo pronuncie la sentencia definitiva, bajo las reglas locales de afectación de competencia. Finalmente, el texto presenta como propuesta un sistema de enjuiciamiento en que se garantice la armonización entre *jurisdicción* (=poder) y *debido proceso legal* (=garantía), que el autor llama *sistema de enjuiciamiento escalonado* o *procedimiento judicial de funciones escalonadas*.

⁹⁶ Texto presentado nas Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal y Probatario – Conmemorativo de los 40 años de la expedición del Código de Procedimiento Civil colombiano. Universidad del Rosario, Bogotá, 12 e 13 maio de 2010.

⁹⁷ Agradeço à Prof.^a DENISE DE PAULA ANDRADE, mestrandia em Direito pela UniFIEO (Osasco), que se desincumbiu da revisão e da correção do texto.

⁹⁸ Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Ibero-americano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Presidente para o Brasil do IPDP. Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta (FADIPA). Advogado.

Palabras-clave: derecho probatorio – prueba de oficio – proceso civil – incompatibilidad constitucional – jurisdicción y debido proceso – armonización – imparcialidad judicial – sistema de enjuiciamiento escalonado o procedimiento judicial de funciones escalonadas – cambio de paradigma – posible solución desde la perspectiva constitucional.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E A HIPÓTESE DE ANÁLISE

A proposta deste texto é discutir até que ponto a prova judicial determinada de ofício guarda compatibilidade constitucional com o princípio do *due process of law* e suas derivações, em especial a *imparcialidade* e a *imparcialidade*⁹⁹ que deve orientar a atuação do juiz no curso do processo.

No constitucionalismo moderno não se tem dúvida de que a missão do Poder Judiciário, através de seus juízes, é atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos (CRBra, art. 5º, XXXV). Através do sistema de *checks and balances* (=freios e contrapesos) consagrado – e

⁹⁹ Ao comentar sobre a imparcialidade, ADOLFO ALVARADO VELLOSO afirma que: “Este princípio procesal indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, não ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo”. Cf. “El garantismo procesal”, em *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 147.

não criado, vale lembrar – a partir das ideias de Montesquieu, sabe-se que a atuação do Judiciário deverá estar legitimada na autorização que lhe concede o Legislador, e tudo na perspectiva constitucional.

Eis aí ponto que merece reflexão e onde está radicada a “tese” que aqui será defendida.

Projetado para o ambiente do *processo judicial* o controle do Poder através da dinâmica da *tripartição*, tenho para mim que o sistema de enjuizamento constitucionalmente mais legítimo será aquele em que, para a formação do pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, o procedimento se desenvolva perante juízes (=pessoas físicas) distintos. É dizer: deve haver um juiz para a *urgência*, um para a *instrução* e um para a *sentença*, que deve atuar na respectiva etapa de competência. Este sistema de enjuizamento¹⁰⁰ – que em sua essência deve prevalecer tanto no processo civil, quanto no penal – creio possa ser denominado de *sistema de enjuizamento escalonado* ou *procedimento judicial funcionalmente escalonado*.

Através desse *sistema de enjuizamento escalonado* (=ou *procedimento judicial funcionalmente escalonado*), o resultado da atividade

¹⁰⁰ *Enjuizamento, numa tradução livre da palavra espanhola enjuiciamiento, e não ajuizamento, que em português tem significado distinto do pretendido no texto. Ajuizamento para nós tem significado de proposição da ação; enjuizamento, por sua vez, aqui é*

jurisdicional (=sentença) seria precedido por etapas nas quais seria possível um maior grau de *imparcialidade funcional* do juiz – já que impossível alcançar a *imparcialidade subjetiva* –, legitimando a *jurisdição* (=Poder) diante do *devido processo legal* (=Garantia).

Nos sistemas de enjuizamento que conhecemos, o desenvolvimento do processo rumo à formação do pronunciamento de mérito fica a cargo e sob o “governo” de um único juiz – pessoa física – que exerce *sozinho* toda a magnitude do Poder que a Constituição confere ao Judiciário. É claro que o sistema recursal, em certa medida, acaba viabilizando um procedimento escalonado, já que o trânsito em julgado ocorrerá, via de regra, após o curso do processo por dois graus de jurisdição. Mas o fato é que a etapa mais importante do procedimento voltado à formação da sentença ocorre perante o *mesmo e único* juiz, cujo sistema processual lhe outorga o enorme Poder de deferir a tutela de urgência, de dirigir o procedimento probatório – inclusive com amplos poderes *inquisitivos* – e ao final, e após natural e inegável abalo *subjetivo* de sua imparcialidade, ainda terá o Poder de sentenciar sobre o mérito.

Note-se que o sistema de *freios e contrapesos* surge na teoria política exatamente como técnica de limitação do poder até então

utilizado em referência à dinâmica de desenvolvimen-

concentrado nas mãos daquele que, grosso modo, executava, legislava e julgava, à guisa de um ser político onipotente cujo “governo” necessariamente *arbitrário* – para o bem ou para o mal, mas indiscutivelmente *arbitrário* – regia a vida dos demais.

Nós, os processualistas, não nos demos conta de que um sistema no qual é permitido ao mesmo juiz (=pessoa física) i) *conceder* tutela de urgência, ii) *dirigir* o procedimento probatório *inquisitivamente* e ao final iii) *pronunciar-se* sobre o mérito, evidentemente é um sistema perverso que viabiliza a figura de um *superjuiz* autorizado a decretar um ato de poder (=sentença) na exata medida de seu arbítrio. Em outras palavras, o juiz “governa” o cenário processual absolutamente sozinho, e ainda que seus atos sejam impugnáveis através de recurso, a verdade é que a sentença decretada resultará de sua exclusiva “presidência” do processo.¹⁰¹

to do processo até sua conclusão.

¹⁰¹ O resultado do que se propõe pode ser assim sintetizado: o juiz da urgência NÃO pode ser o mesmo da sentença; ou, ainda, o juiz da instrução NÃO pode ser o mesmo da resolução. Admitir-se o contrário é ultravalorizar a jurisdição (=poder) em detrimento do devido processo (=garantia), de modo a tratar a imparcialidade judicial como mera garantia formal ao invés de realidade a ser concretizada. E, isso, ainda que estejamos acostumados com o sistema de enjuizamento no qual todas essas inegáveis representações de poder (=urgência, instrução e resolução) estejam concentradas nas mãos de um mesmo juiz até a prolação da sentença de mérito.

Importante destacar que na seara do processo penal, o anseio da doutrina é que cada vez mais se formem sistemas processuais fundados no *modelo acusatório*, mesclando (=modelo misto), ou mesmo deixando de lado, o *modelo inquisitivo* que por séculos vigorou e ainda dele se tem registros em alguns países da América Latina.

Recentemente, ADA PELLEGRINI GRINOVER foi categórica em reconhecer que no processo penal “a manutenção do juiz nas diversas fases do processo pode contaminar sua imparcialidade”, tal como acontece, por exemplo, no Brasil, Honduras, México, Paraguai, Uruguai e Venezuela, pois nesses países “o juiz das investigações preliminares e do recebimento da acusação é o mesmo que julga a causa”. E por isso, prossegue a professora da Universidade de São Paulo, “é forçoso reconhecer que nem sempre a estrutura do processo penal é consentânea com a imparcialidade.”¹⁰²

E se no processo penal a doutrina reconhece essa distorção, não há qualquer razão de ordem *constitucional*, *jurídica* ou *política* para que essa mesma lógica de raciocínio seja afasta-

¹⁰² Todos os trechos citados entre aspas podem ser conferidos em: ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Os poderes do juiz penal na América Latina”, na obra coletiva *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier* (coord. JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e outros), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, em especial p. 177.

da do processo civil. Afinal, o procedimento probatório nada mais é do que uma etapa procedimental de incidência no processo jurisdicional.

Nesse panorama, torna-se imperioso que o sistema de enjuizamento seja estruturado a partir de dois valores constitucionais fundamentais: a *jurisdição* (=Poder) e o *devido processo* (=Garantia). A prevalência de um desses valores sobre o outro fará com que o produto da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário careça de legitimidade constitucional, ainda que a prática demonstre que nem sempre esse necessário balanceamento ocorra como desejado.

Fundado nessas premissas, tentarei demonstrar que a *prova de ofício* fere a imparcialidade do juiz e rompe com a lógica dialética do processo que necessariamente está fundada no debate entre dois *sujeitos parciais* (=demandante e demandado) perante um *sujeito imparcial* (=juiz), onde cada qual tem seus poderes e faculdades vinculados à cláusula do devido processo e, portanto, à Constituição.

Tendo a ordem constitucional vocacionado o Poder Judiciário a julgar “bem”, estabelecendo que a *jurisdição* deve atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos, é evidente que haverá situações em que o órgão judicial deverá ter uma atitude mais contundente, de modo a fazer com que o Judiciário cumpra seu mister constitucional. Mas dependendo da amplitude

dessa atuação, imediatamente deverão incidir todos os mecanismos do *devido processo* para que a decisão a ser prolatada pelo Poder Judiciário se legitime na perspectiva do balanceamento em que *Poder* e *Garantia* se complementem, já que são valores constitucionais e democráticos igualmente relevantes. Ou, em outros termos, a sentença final deve ser prolatada por outro juiz – pessoa física – devidamente imunizado pela *imparcialidade funcional*.

Em suma, após reconhecer que a prova de ofício só se justifica num ambiente de excepcionalidade, e que uma vez determinada ferirá de morte a imparcialidade judicial, será proposto o *sistema de enjuizamento escalonado* (=ou *procedimento judicial funcionalmente escalonado*) como legítima alternativa a ser pensada.

E o processo desenvolvido em procedimento escalonado converter-se-á num método de debate rigorosamente organizado na perspectiva da *jurisdição* e do *devido processo legal*, do poder e da garantia, portanto.

A PROVA DE OFÍCIO NO MARCO DO DEBATE ATIVISMO X GARANTISMO

A produção de um meio de prova determinado por iniciativa do juiz – portanto, sem requerimento da *parte* – é o que em sede doutri-

nária genericamente denomina-se como *prova de ofício*. Tal fato é a projeção dos poderes instrutórios amplos que a doutrina moderna sustenta ter o juiz¹⁰³. É dizer, não tendo a *parte* interessada se desincumbido adequadamente da produção da prova voltada à demonstração do fato constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo do direito alegado, poderá o juiz determinar a produção de certo meio de prova que lhe parecer conveniente para melhor demonstrar o fato do qual se defluiu a pretensão do demandante ou a resistência do demandado. Ou seja, o juiz pratica um ato processual (=demonstração/confirmação de fatos) que o sistema de enjuizamento reserva à iniciativa da *parte* como verdadeiro ônus.

Em linhas gerais os fundamentos dessa concepção atrelam-se a certos argumentos como: i) o juiz tem o compromisso constitucional de bem julgar; ii) a busca da *verdade real* seria um *dever* do juiz para que lhe seja possível prolatar uma sentença “justa”; iii) devido ao caráter publicístico do processo, o juiz deve *atuar* de maneira a suprir as eventuais deficiências técnicas

¹⁰³ Ver, por todos, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial, tomo I (Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, pp. 51-53. No Brasil, o trabalho clássico amparando dogmaticamente a *prova de ofício* é do hoje professor titular da Universidade de São Paulo (USP), JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do*

cas da parte; iv) quando o juiz determina a *prova de ofício* não sabe exatamente a qual das partes o respectivo fato, uma vez provado, poderá beneficiar (=princípio da aquisição).

Essa postura oficiosa encontra suas raízes num sistema de enjuizamento de caráter inquisitivo (=inquisitorial system), onde a figura do juiz avulta com proeminência por sobre as partes, e seus interesses dispositivos, e revela uma concepção altamente publicística do processo civil, o que no particular (=caráter público do processo) não discordo.

Na perspectiva da doutrina brasileira, é quase uma heresia afirmar que o juiz do processo civil NÃO pode exercer poderes instrutórios de ofício. E até há pouco tempo eu não ousaria discordar dessa proposição. Aprendi que ela é correta pela mesma doutrina que jamais me ensinou que essa possibilidade esconde um indisfarçável *arbitrio* judicial (para bem, ou para o mal) e que tem suas raízes históricas fundadas na hipertrofia de que FRANZ KLEIN dotou o CPC austríaco no final do séc. XIX, como chamou a atenção FRANCO CIPRIANI, em 1995, em seu hoje clássico texto *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*. Neste texto, o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) afirmou que “o *Regolamento de*

juiz, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 3ª

Klein teve longo período de *vacatio legis* para bem preparar os juízes com ‘mão dura’, ao mesmo tempo em que pretendeu ‘amansar’ os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento”¹⁰⁴. CIPRIANI vai além e “adverte sobre a influência do *Regulamento de Klein* na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazi-fascismo daquele país, bem como a influência desse CPC austríaco em outros diplomas que se lhe seguiram”¹⁰⁵. Aliás, na Exposição de Motivos do CPC brasileiro de 1973, o então Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID relata essa mesma influência.

Dentre outros assuntos, a temática dos amplos poderes instrutórios do juiz no processo civil (=prova de ofício) gravita no centro do aquecido debate “ativismo judicial *versus* garantismo processual”, de grande impacto por toda a América espanhola, e com alguma repercussão na Espanha, Itália e Portugal, mas muito pouco – ou quase nada – tratado pela doutrina brasileira. Em suma, discute-se se o juiz com excesso de poderes tem legitimidade diante da cláusula do *devido processo legal*, que tem como uma de

edição, *passim*.

¹⁰⁴ Cf. meu *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*, publicado na *Revista MPMG Jurídico*, nº 18, out/nov/dez de 2009, pp. 8-15, publicação oficial do Centro de Estudos do Ministério Público de Minas Gerais.

suas consequências a asséptica *imparcialidade* do órgão jurisdicional.

Em linhas gerais, o debate *ativismo versus* garantismo gira em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil, ii) dos seus sistemas de enjuizamento – inquisitivo ou dispositivo¹⁰⁶ (*inquisitorial system* e *adversarial system*)¹⁰⁷ –, iii) do papel do juiz e das partes na

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁶ Os sistemas inquisitivo e dispositivo também são identificados pela doutrina como sistema publicístico e sistema privatístico, respectivamente. Nesse sentido, inclusive advertindo que nenhum sistema é “quimicamente puro no plano normativo”, JUAN MONROY GÁLVEZ, *Teoria General de Proceso*, Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 155-160. O professor da Universidad de Lima ainda elenca alguns princípios que fariam parte de cada um destes sistemas. Seriam princípios procedimentais do sistema publicístico: direção judicial do processo, impulso oficial, imediação, concentração, boa-fé e lealdade processual, celeridade processual, socialização do processo, integração do direito processual, vinculação e elasticidade, aquisição (=os atos praticados pelas partes se incorporam ao processo e, desde então, já não beneficiarão ou prejudicarão apenas o responsável pela produção do ato), preclusão. Seriam princípios procedimentais do sistema privatístico: iniciativa da parte, defesa privada, congruência e impugnação privada.

¹⁰⁷ Sobre o *inquisitorial system* e o *adversarial system*, cf. BARBOSA MOREIRA, “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo.” em *Temas de direito processual civil (nona série)*, pp. 39-54. Ver, ainda, FERNANDO GAJARDONI, *Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Editora Atlas, 2008, pp. 107-132. Importante destacar que o *adversarial system* foi enfraquecido no processo civil inglês após a entrada em vigor das *Civil Procedural Rules* (=o CPC inglês) em abril de 1999, já que “Depois das CPR, há muito menos espaço para que as partes controlem o desenvolvimento do caso. Isso porque os tribunais passaram a ter expressivos poderes e deveres sobre a gestão dos casos”, cf. NEIL

relação processual, iv) da dimensão constitucional da jurisdição, v) do conteúdo e do significado do devido processo legal, vi) da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, dentre outros.

Na atualidade, o debate *ativismo versus garantismo* divide a doutrina do processo civil da América *hispano-parlante* e gera disputas e/ou polêmicas doutrinárias – às vezes até com “chumbo trocado” – que acaba por apartar os processualistas em verdadeiras “trincheiras ideológicas”.

Para uma rápida compreensão daquilo que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o *ativismo judicial* defende uma postura mais contundente do juiz para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao magistrado um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o *garantismo processual* defende uma maior valo-

ANDREWS, *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra (orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier)*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 48. Por fim, com enfoque crítico do *adversary system* norte americano, vinculando sua estrutura aos postulados do liberalismo, ver MICHELE TARUFFO, *El proceso civil adversarial em la experiencia americana – El modelo americano dos proceso de connotación dispositiva*, Bogotá: Editorial Temis, 2008, pp.237-275.

rização da categoria fundamental *processo*, e consequentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Os *garantistas* buscam aplicar as bases dogmáticas do *garantismo* de Luigi Ferrajoli ao direito processual civil¹⁰⁸, e como afirma ADOLFO ALVARADO VELLOSO, a utilização do substantivo *garantista* para denominar

¹⁰⁸ Nesse sentido, JORGE W. PEYRANO: “O autodenominado *garantismo processual civil* – porque, afinal, qual corrente do pensamento processual não vai defender as garantias constitucionais – se apoia em um equivocado transplante ao processo civil do ideário de Luigi Ferrajoli, concebido por e para o processo penal” (traduzi livremente), em *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Buenos Aires: La Ley, 13/8/2009, nota “9”, com possibilidade de acesso na web em: www.laley.com.ar/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf. Nessa mesma nota “9”, PEYRANO lembra outro estudo que liga as ideias do *garantismo processual* ao *garantismo* de FERRAJOLI, do professor da Universidad de Lima JUAN MONROY GALVEZ, *Qué es el garantismo procesal civil?*, publicado na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano 2006, n°9, p. 07 e ss.

essa corrente de pensamento foi inspirada, de fato, no garantismo do qual fala o professor italiano.¹⁰⁹

Tendo em vista – ao menos assim me parece – que NÃO é possível isolar as posturas *ativistas* e *garantistas* de forma maniqueísta¹¹⁰, é de fundamental importância a conjugação dos respectivos valores para que as manifestações do juiz em sede de procedimento probatório estejam de acordo com o poder que lhe é próprio (=jurisdição) e com a garantia de que esse poder será exercido dentro de critérios democráticos previamente estabelecidos (=devido processo legal).

Cada vez mais venho pensando que a investida do juiz no sentido de determinar certo meio de prova de ofício, ainda que tecnicamente possível para que o Poder Judiciário cumpra sua missão constitucional de bem julgar, deve vir acompanhada pela garantia, voltada às partes demandantes, de que o juiz que assim agiu se

¹⁰⁹ ALVARADO VELLOSO: “A dicção *garantista* – ou seu sucedâneo: *garantidor* – provém do subtítulo que Luigi Ferrajoli pôs em sua magnífica obra *Direito e razão e que quer significar que acima da lei, com minúscula, sempre está a Lei, com maiúscula* (=a Constituição). Em outras palavras: é guardar adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica.” (traduzi). Cf., “El garantismo procesal”, na coletânea *Activismo y garantismo procesal*, p. 145.

¹¹⁰ Sustentando tratar-se de posturas dogmáticas inconciliáveis, ALVARADO VELLOSO, *Sistema procesal – Garantía de la Libertad*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pp. 191-197. V, ainda,

afaste – também de ofício – para que a sentença a ser prolatada o seja por outro juiz funcionalmente imparcial. É por isso que acredito que o *procedimento judicial funcionalmente escalonado* – como acima referido – seria uma alternativa a ser pensada. Nesse sentido, o juiz que dirigisse a instrução, e eventualmente determinasse a prova de ofício, NÃO poderia proferir a sentença sobre o *meritum causae*.

Com a técnica do *procedimento escalonado*, o sistema de enjuizamento poderia oferecer ao jurisdicionado a *garantia concreta* de que o juiz que determinou a prova de ofício, ou mesmo aquele que tenha determinado uma tutela de urgência, não seria o mesmo a prolatar a sentença definitiva a resolver o litígio. Ou, em outras palavras, o juiz da sentença seria um juiz *funcionalmente* imparcial por não ter participado das etapas que precedem o julgamento do mérito. A imparcialidade judicial, a propósito, está garantida nas mais diversas Constituições contemporâneas e nas regras gerais do direito internacional público (Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo).

PROVA DE OFÍCIO, IMPARCIALIDADE E IMPARTIALIDADE

OMAR A. BENABENTOS, *Teoría unitaria del derecho procesal*, Rosario: Editorial Juris, 2001, p. 90.

Não tenho dúvida de que os defensores da prova de ofício determinada pelo mesmo juiz que deva prolatar a sentença sustentam esta possibilidade visando um julgamento o mais correto possível, de acordo com a melhor reconstituição fática que se puder realizar no processo. Eu também pensava exatamente assim até há pouco tempo, e confesso que continuo pensando.

Mas após algumas reflexões motivadas pelo *garantismo processual*, eu pergunto: - é crível supor que o juiz permanece com sua imparcialidade absolutamente inabalada quando determina a prova de ofício, realizando, portanto, atividade que seria própria da *parte*, e, na sequência, profere sentença com base na prova por ele determinada e colhida? Seriamente não creio que a resposta a essa indagação possa ser SIM.

Por melhor que seja a intenção do juiz quando se vale de seus poderes instrutórios *ex officio*, o que passa é que essa sua postura *ativa* foi fomentada pela *dúvida* quanto à existência do *fato* em que se funda o direito pretendido ou resistido. Se, ao contrário, fosse a *certeza* a invadir o espírito do juiz, certamente não determinaria a produção da prova de ofício. E se há *dúvida* quanto a um dos lados da controvérsia é porque ao juiz tocou a *certeza* que decorre da *parcialidade* que o devido processo legal lhe impede invada o juízo próprio de sua função.

Se diante da realidade fática construída no processo o juiz não se convenceu do *fato constitutivo* do direito alegado, a única conclusão a que se pode chegar é que ele – juiz – tem a CERTEZA de que o direito postulado não pode ser concedido. E diante da vedação do *non liquet* deverá aplicar a regra de julgamento¹¹¹ – e não de prova! – prevista, no caso brasileiro, no art. 333 do CPC.¹¹²

Por outro lado, se a CERTEZA de que o direito não pode ser concedido decorre da insuficiência do procedimento probatório em demonstrar o *fato constitutivo* do respectivo direito, e, nesse caso, o juiz se vale de seus poderes instrutórios – determina interrogatório da parte, ou oitiva de testemunhas referidas, ou determina perícia –, então é por que a sua CONVICÇÃO lhe sugere que a parte a quem cabia cumprir o ônus da demonstração do respectivo *fato* não o fez adequadamente, e isso denota uma irrecusável *parcialidade* na condução do procedimento

¹¹¹ Assim também o considera, dentre outros, DEVIS ECHANDÍA: “El aspecto fundamental de la evolución de esta teoría en el derecho moderno consiste, como observa Micheli, em considerarla como regla de juicio para el juez, ya que Le señala a éste la forma de decidir a falta de prueba suficiente que le otorgue certeza”, *op. cit.*, p. 196.

¹¹² “La carga de la prueba incumbe: I) Al actor em lo que refiere al hecho constitutivo de su derecho; II) Al demandado, en lo que refiere a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del actor.”, conforme tradução feita por ALVARADO VELLOSO em suas anotações o Compendio... de DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 210.

probatório. Nem mesmo o useiro argumento de que “o juiz não sabe a quem a prova poderá aproveitar” (=princípio da aquisição) é capaz de reverter a lógica de que sua necessária e constitucionalmente imposta *imparcialidade* foi abalada.

A *imparcialidade* judicial pode ser vislumbrada numa dupla dimensão: *subjetiva* e *funcional*. A manutenção da imparcialidade *subjetiva* é utópica e não há terapêutica processual a contorná-la; cada um de nós tem seus pré-conceitos a respeito dos fatos da vida, sua ideologia, suas preferências, e por certo o juiz ao se deparar com o *juízo* de um caso concreto já sabe como resolverá o mérito. Por outro lado, a imparcialidade *funcional* deve ser garantida e a terapêutica está prevista no sistema processual através da *exceção* de impedimento ou suspeição (CPC brasileiro, art. 312-314). Tanto é verdade que o processo, como *fato jurídico* que é, poderá produzir uma coisa julgada que adentre no *plano de validade* maculada pelo vício da *parcialidade* quando o respectivo julgamento for proferido por juiz não imparcial. Por isso mesmo o sistema processual prevê a sanção de anulabilidade que poderá ser invocada pelo prejudicado para a *desconstituição* da *res judicata*, que no caso do Brasil se opera através da denominada *ação rescisória* (CPC, art. 485, I ou II).

IMEDIAÇÃO COMO FATOR DE CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JUIZ

Um dos dogmas históricos do processo é a *mediação* e a conseqüente *identidade física* do juiz. Essas categorias tornaram-se verdadeiros *princípios processuais*. A *mediação* assenta-se no imperativo de que a observação *ictu oculi* na colheita da prova oral é mais eficiente para que o juiz perceba a sinceridade, o vacilo, os temores etc. daqueles que diante dele se apresentam para tal fim. Por sua vez, a *identidade física* impõe o mesmo juiz – pessoa física – que acompanhe todas as suas etapas procedimentais até a prolação da sentença de mérito.

Chiovenda dá notícia de que a – chamo-la assim – *técnica da mediação* surgiu como conseqüência natural do processo civil romano, que era de caráter eminentemente oral¹¹³. Vem dessa época a recomendação do Imperador Adriano para que os juízes interro-

¹¹³ No mesmo sentido, afirmando que *mediação* e *oralidade* funcionavam como verdadeiros princípios do processo civil romano, MAX KASER: “Entre os **princípios processuais** que nominam o Direito Processual Romano refiram-se: a) A IMPARCIALIDADE DO JUIZ, garantida inicialmente pela intervenção das partes na escolha do juiz e na época imperial pela apelação ao Imperador; b) a soberania das partes no andamento do processo; c) a ORALIDADE, a IMEDIAÇÃO, e a PUBLICIDADE do julgamento; d) a AUDIÇÃO DE AMBAS AS PARTES.”, cf. *Direito Romano Privado*, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 428.

gassem diretamente as testemunhas, pois “o valor das testemunhas que depõem em pessoa é muito diferente do valor das atas que se costumam ler”¹¹⁴ (fr. 3, § 3º, Dig. de test.).

É também de Chioyenda a constatação de que o processo oral romano era concebido como um processo no qual o juiz da decisão deveria ser “àquele que recolhe os elementos de sua convicção, quer dizer, o que interroga as partes, as testemunhas, os peritos, e examina por seus próprios olhos os objetos e lugares da controvérsia (princípio da *imediação*). A fim de que isso se torne possível, impõe-se que o juiz seja a mesma pessoa física do princípio ao fim do tratamento da causa (princípio da *identidade física*)”.¹¹⁵

A partir do século XII, e diante da formação do *processo comum* (=processo romano + processo canônico + processo germânico), a mentalidade formalista germânico-longobarda não aceitava com facilidade a ideia de um julgamento livre decorrente da observação e da crítica pessoal do juiz, fundada numa autonomia individual absoluta. É dessa época que surge a necessidade de vinculação do juiz a um sistema probatório apriorístico e formal que redundou naquilo que passou para a história do processo

conhecido como *sistema da prova legal*¹¹⁶. Aos poucos a oralidade foi sendo substituída pela escritura e mesmo o processo primitivo germânico-longobardo, cuja oralidade era fruto da ignorância dos respectivos povos, incorpora na sua dinâmica a escrituração através de atas e a vinculação do juiz a elas, consagrando o *sistema da prova legal* sobre a *livre convicção* que caracterizava o procedimento probatório do processo romano oral.¹¹⁷

PÉREZ RAGONE ressalta que também no século XII o *processo comum*, naquilo que dizia respeito ao seu perfil *romano-italico*, exerceu certa influência na formação do processo civil medieval inglês com a chegada na Inglaterra do jurista longobardo Vaccarius, no ano de 1143. Este trouxe consigo um vasto conhecimento do direito romano derivado das quatro partes da codificação do *Corpus Juris*, bem como da dinâmica do procedimento longobardo. Sob o reinado de Enrique II (1133-1189), somando à influência de Vaccarius, o processo medieval inglês mudou radicalmente seu paradigma para deixar de lado o anterior modelo processual anglo-saxão que marcava o processo

¹¹⁴ Cf. GIUSEPPE CHIOYENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 160.

¹¹⁵ *Idem*, pp. 159-160.

¹¹⁶ Quanto ao histórico dos sistemas valorativos da prova: i) livre convicção, ii) prova legal ou tarifada, iii) retorno à livre convicção, e iv) persuasão racional, cf., com muito proveito, MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, São Paulo: Editora Saraiva, 1983, 5ª edição, pp. 389-446.

¹¹⁷ *Sempre*, CHIOYENDA, *op. cit.*, pp. 169-179.

como algo de interesse exclusivo das partes – que só a elas interessava – e com a participação do juiz desempenhando um papel bastante passivo no curso do procedimento¹¹⁸. Nota-se que o movimento foi inverso do ocorrido no continente. Na Inglaterra, as regras do processo oral romano que de início vigoravam cederam espaço às diretrizes formalistas do processo germânico, sendo que a razão para isso foi que durante os séculos V e VI, a ilha britânica recebeu forte imigração de povos bárbaros de ascendência germânica-teutona que impuseram suas instituições jurídicas em substituição ao então direito romano vigente. Esse movimento migratório bárbaro teve sequência com a chegada dos *daneses* durante os séculos IX e XI, que trouxeram seu direito consuetudinário e por isso mesmo oral, chegando posteriormente os também germânicos anglo-saxões que acabaram por sucumbir diante dos normandos em 1066, estes, os novos conquistadores da ilha.¹¹⁹

Com o movimento cíclico da História, chegou o final do século XIX, e com ele foram resgatadas algumas diretrizes reputadas fundamentais. E mais uma vez Chiovenda lembra que

¹¹⁸ ALVARO PÉREZ RAGONE, “*Writ y actio en el surgimiento y conformación del proceso civil inglés medieval*”, em *Avocatus (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima)*, agosto de 2008, em especial pp. 135-140. Publicado também na *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, n° 29/2007 (Valparaíso/Chile).

¹¹⁹ PÉREZ RAGONE, *op. cit.*, pp. 138-139.

a “renovação do método científico, que avassalando, progressivamente, o domínio das ciências jurídicas, acabou por devolver ao juiz a sua função de investigador da vontade concreta da lei com apoio na *observação dos fatos*, reabilitando o princípio da *livre convicção*. Como expediente para a realização prática desse princípio, a doutrina preconizou (MÁRIO PAGANO, na Itália; MITTERMAYER, na Alemanha; BENTHAM, na Inglaterra) a volta ao *processo oral*.”¹²⁰

Nos processos contemporâneos, *escritura* e *oralidade* se interpenetram, sendo que o procedimento probatório, enquanto etapa autônoma no curso do processo jurisdicional, sempre é caracterizado pela oralidade, pela imediação e pela identidade física do juiz.

Nessa dinâmica é possível que se conclua, com base em elementos intuitivos e empíricos decorrentes da observação pragmática do processo, que a imediação e a identidade física constituem-se em verdadeiro “tiro pela culatra” da *imparcialidade*. Em outras palavras: a imediação contamina o juízo da pessoa física (=juiz) responsável pela prolação da sentença de mérito.

O juiz, devido a sua elementar condição humana, e como sujeito integrante da oralidade própria do procedimento probatório, invariavelmente vai sendo tocado pelas impressões subjetivas que as atitudes dos depoentes

¹²⁰ *Op. cit.*, pp. 178-179.

(=partes, testemunhas, peritos) lhe sugerem. E como reflexo da inquisitividade que marca a atuação do juiz no curso da colheita da prova, suas impressões pessoais influirão no modo com que ele – juiz – conduzirá a etapa de confirmação dos fatos (=instrução) e conseqüentemente no julgamento de mérito que, imediatamente, este mesmo juiz deverá prolatar.

A condição humana – e o juiz dela não escapa – faz com que cada um de nós seja influenciado pelos acontecimentos que se passam ao nosso redor. A colheita da prova oral vai construindo no ânimo do juiz certas convicções decorrentes de suas impressões subjetivas de participante ativo da oralidade em que se funda o procedimento probatório. Nesse contexto é possível que o juiz se compadeça, ou que se irrite, ou que acredite, ou que descredite, ou que se emocione etc., com a versão oral que o depoente lhe apresenta no momento de sua oitiva. O mais habilidoso dos mentirosos poderá fazer com que sua inverídica versão seja aceita pelo juiz como a mais sincera das verdades; da mesma forma que a verdade externada oralmente pelo pusilânime poderá ser recusada pelo juiz por entendê-lo o mais venal dos mentirosos. *E così via...*

Todos esses fatores externos serão captados pela suscetibilidade natural da condição humana, a não ser que se entenda – o que seria uma sobreposição da fé sobre a experiência –

que o juiz é um ser dotado de uma intangível isenção emocional quando do exercício da jurisdição. Isso, efetivamente, não ocorre. Devemos acreditar – e eu acredito – nos nossos juízes. Mas sua condição humana gera uma falibilidade que deve ser contornada pelo devido processo legal.

Desse modo, a participação do juiz no procedimento probatório fará com que seu juízo acerca dos fatos, invariavelmente, vá se formando antes do momento específico em que este mesmo *juízo* deva ser externado, é dizer, no ato da prolação da sentença. É aqui, no ato da sentença, o momento em que a imparcialidade – como garantia constitucional – deve atingir o ápice de sua plenitude, de modo a fazer com que a resolução do mérito (=expressão de poder) seja produzida nos quadrantes daquilo que dispõe a Constituição.

Por isso, a *prova de ofício*, a *imedição* e a *identidade física* entre o juiz da instrução e o juiz da sentença atentam contra lógica da imparcialidade que deve orientar o produto da atuação do Poder Judiciário.

E para que seja viabilizada a concretude da dimensão constitucional da jurisdição que às vezes imporá a atuação dos poderes instrutórios de ofício, e a conseqüente imedição na oralidade que caracteriza o procedimento probatório, só há uma solução viável: o juiz que instruiu, tendo

ou não determinado algum meio de prova de ofício, não poderá ser o mesmo juiz a resolver o mérito.

PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA IGUALDADE

Creio seja possível a combinação de três princípios que incidem no processo para que se conclua, ao lado da possibilidade de o juiz determinar a prova de ofício como exercício de seu poder, que é dever funcional daquele que assim agiu de, também de ofício, afastar-se do processo para que outro juiz profira a sentença de mérito. Estes princípios são: o da *cooperação*, da *boa-fé objetiva* e o da *igualdade*. Examinemos brevemente cada um deles.

O *princípio da cooperação* – ou da *colaboração*¹²¹ – reforça a importância do contraditório como técnica de concretização da dialética do processo e impõe um alto grau de comprometimento do juiz para com as *partes*, e destas em relação àquele, de modo a propiciar que o fruto da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário seja apto a resolver adequadamente o lití-

gio que lhe foi submetido. Nesse sentido merece destaque o processo civil português que expressamente positivou o *princípio da cooperação* no art. 266 do respectivo CPC, *in verbis*: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”

A magnitude do *princípio da cooperação* redireciona o papel do juiz e das partes no processo e os coloca numa posição *paritária*, traduzindo-se na ideia de que indivíduo, sociedade civil e Estado-juiz atuem de modo a ocupar uma posição coordenada. Logo, a figura do juiz não deve preponderar sobre a das partes no modelo cooperativo de processo. Ao contrário, na dialética inerente ao contraditório, juiz e partes – estes, na dimensão natural da respectiva *parcialidade* – exercem suas incumbências processuais num ambiente de *cooperação*¹²². Ademais, de modo a potencializar um maior aproveitamento possível do processo, evitando ou dificultando a decretação de nulidades processuais, ou mesmo a prolação do juízo de inadmissibilidade do processo, o *princípio da cooperação* impõe três deveres fundamentais ao juiz: i) dever de esclarecer as partes, ii) dever de consultá-las para que

¹²¹ Cf. EDUARDO OTEIZA, “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba, o probar o soccomber? Es posible plantear un dilema absoluto?”, em *Avocatus* (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), agosto de 2008, p. 134. Publicado também em *Los hechos en el proceso civil*, coord. AUGUSTO MORELLO, Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 79 e ss.

¹²² DANIEL MITIDIEIRO, *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, pp. 101-103.

supram falhas sanáveis antes de extinguir o processo sem apreciação do mérito, e iii) dever de prevenir, apontando deficiências supríveis e condutas processuais irregulares.¹²³

O *princípio da cooperação*, quando bem compreendido pelos atores do processo, impede a proeminência do juiz sobre os interesses e ônus processuais das partes, preservando-se, inclusive, o *princípio dispositivo* que orienta o processo civil.

Por sua vez, o *princípio da boa-fé objetiva* impõe que todos os sujeitos processuais atuem no curso do procedimento absolutamente premidos pela lealdade e pela probidade processual. Insisto: todos os sujeitos processuais devem obrar com *boa-fé objetiva*, inclusive o juiz. Há posicionamento doutrinário, contudo, que parece restringir a boa-fé (=lealdade e probidade) apenas ao âmbito da atuação processual das partes.¹²⁴

Fato jurídico que é, o processo impõe aos seus participantes que ajam com a mesma boa-fé objetiva que as modernas diretrizes do direito privado impõem às partes contratantes.

¹²³ FREDIE DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*, vol. I, Salvador: Ed. Juspodium, 2008, 9ª edição, pp. 58-62.

¹²⁴ Com muito proveito, mas, como dito, sem estender o dever de boa-fé ao juiz, cf. OSVALDO GOZAINI, “El principio de la buena fe em el proceso civil”, em *Avocatus* (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), agosto de 2008, pp. 91-114.

Significa dizer que ao *standard* subjetivo da relação processual (=juiz, demandante e demandado) impõe-se uma atuação que seja apta a não criar embaraço ou surpresa entre os sujeitos processuais no tocante aos respectivos ônus e poderes.

Vem do direito alemão a compreensão de que a *cláusula da boa-fé*, muito embora esteja positivada no ambiente do BGB¹²⁵ (=Bürgerliches Gesetzbuch; Código Civil alemão), deve ser vislumbrada como cláusula geral de domínio de todo o ordenamento jurídico, pressupondo um vínculo existente, não necessariamente contratual, entre quem invoca o princípio e quem a ele se submete¹²⁶. No Brasil, a boa-fé objetiva está prevista no Código Civil como dispositivo atinente às Disposições Gerais dos contratos (art. 422). Mas de uma forma geral, a doutrina reconhece sua operabilidade em qualquer tipo de relação jurídica, de ordem pública ou privada¹²⁷. Constitui-se a boa-fé objeti-

¹²⁵ BGB, § 242, como cláusula ou princípio geral do direito; BGB, § 157, especificamente em relação aos contratos.

¹²⁶ HARRIET CHRISTIANE ZITSCHER, *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999, pp. 102.

¹²⁷ JOSÉ AUGUSTO DELGADO, “O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados”, em *Aspectos controvertidos do novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves* (coords. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 397.

va, portanto, verdadeiro princípio geral de direito.

Portanto, tendo o *princípio da boa-fé objetiva* operabilidade em todos os quadrantes do ordenamento jurídico, e sendo seu único pressuposto de incidência o vínculo prévio entre os sujeitos que eventualmente reclamem suas consequências, torna-se irrecusável que os três sujeitos que integram o *standard* da relação processual a ela devam obediência. Supera-se, portanto, eventual compreensão restritiva de sua incidência apenas quanto às *partes*.

Por fim, o *princípio da igualdade*, tal como o da *boa-fé objetiva*, é de ilimitado alcance por todo o ordenamento jurídico e, por consequência, também sobre o direito processual.

DEVER FUNCIONAL DE O JUIZ CONSIDERAR-SE SUSPEITO E DE AFASTAR-SE PARA NÃO JULGAR O PROCESSO

Mas diante da dúvida do juiz quanto aos fatos relevantes, somado ao compromisso constitucional do Poder Judiciário de viabilizar o *acesso à justiça*, qual a postura a ser adotada pelo órgão jurisdicional?

Penso que diante do estado de dúvida, deverá o juiz fazer valer a dimensão constitucio-

nal da *jurisdição* e determinar de ofício a prova que lhe parecer necessária.

Mas, em sendo preciso compatibilizar o *processo* com a Constituição, e neste caso o juiz entender ser necessária a utilização de seus poderes instrutórios (v.g.: questões de família, criança e adolescente, benefícios previdenciários alimentares, direitos transindividuais, ou por qualquer outra – lamentável – falha na ampla defesa técnica), que então deles se valha e imediatamente após a colheita da respectiva prova aja com *boa-fé objetiva* e, também de ofício, declare-se suspeito (=parcial) por motivo íntimo, tal como lhe permite (=impõe!), por exemplo, o parágrafo único do art. 135 do CPC brasileiro¹²⁸. E assim, impelido pela *boa-fé objetiva* que invariavelmente impera no direito processual, dará sua contribuição ao *princípio da cooperação* para que a sentença a ser prolatada por seu substituto legal o seja de forma constitucionalmente legítima, sem o rompimento da imparcialidade.

Em exercício de simplificação: o juiz que determina a produção da prova de ofício não pode ser o mesmo a prolatar a sentença! Do contrário será o triunfo da *jurisdição* (=Poder) sobre o *devido processo legal* (=garantia).

¹²⁸ CPCbras, art. 135, parágrafo único: “Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”.

REPENSANDO O SISTEMA DE ENJUIZAMENTO: Sistema de Enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado) como método garantidor do devido processo legal

Tudo o que foi defendido até aqui poderia ser resumido dessa maneira: *o juiz da instrução e/ou da prova de ofício não poderá ser o mesmo da resolução do mérito*. Aliás, o mesmo pode ser dito em relação ao juiz que profere tutela antecipada no curso do processo (=o juiz da urgência não pode ser o mesmo da sentença). Essa dinâmica é necessária para que não se viole a imparcialidade decorrente da garantia do *devido processo legal*. Não se nega que é constitucionalmente importante a atuação do juiz de modo a fazer valer o seu poder, viabilizando que o Poder Judiciário julgue “bem” e adequadamente, de modo a operar a exata resolução do litígio. É imperioso, todavia, que se alcance esse resultado garantindo ao jurisdicionado todas as derivações do *devido processo legal*, tal como previsto constitucionalmente. E a imparcialidade é um desses imperativos.

Se nossa cultura processual deixa a sentença a cargo do mesmo juiz que dirigiu o procedimento probatório, e essa dinâmica, que vem desde o processo civil romano, passou para a

história como correta, é mister que se tenha presente que as Constituições da atualidade garantem ao indivíduo e à sociedade o direito fundamental à observância do *due process of law* em toda a sua dimensão.

Dessa maneira, é legítimo sustentar que o sistema de enjuizamento mais adequado ao modelo constitucional de processo da atualidade deva ser aquele onde as funções relevantes do juiz no curso do procedimento sejam compartilhadas entre mais de um juiz pessoa física. A missão de bem julgar é do *Poder Judiciário* e se faz concreta através de seus juizes. Mas não há qualquer regra constitucional que imponha deva ser o mesmo juiz a atuar em todas as etapas do procedimento. Ao contrário, se as constituições e os pactos internacionais estabelecem como valor fundamental a garantia do *devido processo*, onde o julgamento deva ser proferido por um juiz (=pessoa física) *imparcial*, não há nada que impeça que a providência de urgência, a direção do procedimento probatório e, por fim, a prolação da sentença definitiva seja gerida por juizes diferentes, de modo a se garantir que o Poder Judiciário atinja seu objetivo principal (=sentença de mérito) da maneira mais adequada às garantias constitucionais estabelecidas para o processo.

Em síntese, é o transporte do *checks and balances* para o ambiente do processo jurisdici-

onal, para que o poder dos representantes do Poder Judiciário seja diluído no curso do procedimento. Evita-se, como isso, a figura do juiz onipotente e dos riscos que invariavelmente o respectivo acúmulo de poder possa trazer ao jurisdicionado. Relativiza-se, portanto, o *arbitrio* judicial.

Creio seja possível nomear um sistema processual dessa natureza de *sistema de enjuizamento escalonado* ou, ainda, *procedimento judicial funcionalmente escalonado*. Aliás, o nome que se queira dar ao fenômeno processual assim concebido é pouco relevante. Sugiro essas denominações apenas como ponto de partida para reflexões mais precisas e aprofundadas.

E como seria seu funcionamento?

Simples. Divide-se o procedimento judicial voltado à formação da sentença de mérito de modo a se diluírem as funções do juiz (=pessoa física) no respectivo desenvolvimento.

Haveria a atuação de juízes diferentes para cada uma das mais relevantes etapas procedimentais, ou seja, um juiz para a *urgência*, um juiz para o *procedimento probatório*, e, finalmente, um juiz para o decreto da sentença definitiva. Nesse modelo, os juízes das etapas precedentes ao momento do julgamento de mérito poderiam exercer na plenitude toda a dimensão de seu poder (=jurisdição), sem que lhes fosse imputado o vício da parcialidade. E isso já que

outro seria o juiz responsável pela sentença de mérito, estando com seu espírito livre das impressões *subjetivas* que as fases anteriores de urgência ou de instrução (=confirmação) acarretam à condição humana.

Raciocinemos a partir de um exemplo.

Iniciado o processo onde o demandante pede uma medida de urgência, com base nas regras prévias de competência a causa ficaria afeta a um determinado juiz da *urgência* e também ao juiz responsável para a prolação da sentença de mérito. O juiz da urgência examinaria esta pretensão deferindo-a ou indeferindo-a e, na sequência, remeteria os autos ao juiz da sentença. Havendo necessidade de ser iniciado o procedimento probatório para a confirmação de fatos controvertidos, então o juiz da sentença remeteria os autos ao juiz da instrução, que conduziria a etapa instrutória com imediação e, se necessário, ainda poderia determinar a prova de ofício. Encerrado o procedimento probatório, os autos retornariam ao juiz da sentença que, de forma absolutamente imparcial, já que não presidiu as etapas anteriores, julgaria o mérito da causa resolvendo o litígio, aí sim, da forma mais justa possível. Tenho para mim que esse modelo inauguraria o verdadeiro *processo justo* reclamado pela doutrina. Todas essas etapas, obviamente, também controladas através de recurso.

Creio, ainda, que haveria um aumento da produtividade dos juízes, e isso conduziria também à concretização do *princípio da razoável duração do processo* e da *celeridade*, pois cada um dos juízes responsáveis pelas respectivas etapas ficaria encarregado de concentrar suas energias na conclusão da fase que lhe compete.

Penso, por fim, que não seria o caso de se objetar que “a escassez do número de juízes inviabilizaria esse modelo de processo”. Basta reorganizar suas competências, estabelecendo-as na perspectiva de um procedimento funcionalmente escalonado, aproveitando-se os juízes de que já se dispõe.

E, em definitivo, essa reengenharia no modelo processual organizado com base num *procedimento funcionalmente escalonado* seria possível através da alteração das competências dos órgãos judiciais. No caso do Brasil, isso seria permitido através da competência que a Constituição da República confere ao Estado-membro para legislar sobre *procedimento* e organização judiciária (CR, art. 24, XI). Em outros países da América Latina, através da autonomia e da competência que as respectivas constituições conferem às Províncias, como é o caso da federação Argentina. Nos países organizados como Estados unitários, como a Colômbia e o Chile, por exemplo, através da adaptação de

seus códigos de processo ou mesmo através de lei extravagante.

FECHAMENTO

Os sistemas de enjuizamento dos Estados Constitucionais contemporâneos devem ser organizados e harmonizados na perspectiva dos valores fundamentais *jurisdição* (=Poder) e *devido processo legal* (=Garantia). As questões dogmáticas a esse respeito estão na pauta de discussão do debate ativismo judicial *versus* garantismo processual e não podem ser tratadas de forma maniqueísta.

Dessa maneira, temas como a *prova de ofício* devem ser repensados de forma que a respectiva atuação do juiz se concretize num ambiente garantido pelo devido processo legal, o que não ocorre nos modelos processuais onde, por razões históricas que remontam à oralidade que marcou o processo civil romano, o mesmo juiz pessoa física preside todas as etapas do procedimento voltado à decretação da sentença de mérito.

Nesse panorama, o sistema de enjuizamento mais consentâneo com as categorias fundamentais da *jurisdição* e do *devido processo legal* seria aquele onde o procedimento fosse desenvolvido por etapas – escalonado, portanto –, de modo a evitar que o mesmo juiz concentre

em suas mãos o *poder* de deferir a tutela de urgência, de presidir ativamente o procedimento probatório e, ao final, decretar a sentença de mérito, e tudo após a contaminação subjetiva que a *imedição* acarreta à condição humana.

Daí a proposta do texto: criar um sistema de enjuizamento de etapas funcionalmente escalonadas onde a dimensão do poder jurisdicional seja compartilhada na mão de juízes diferentes daquele que, ao final do procedimento, ficará encarregado de prolatar a sentença definitiva de mérito. Seria uma técnica para se garantir a *imparcialidade judicial* e outros valores de igual importância prometidos pelo *due process* estabelecido nas mais diversas constituições e pactos internacionais.

Em suma, um *sistema de enjuizamento escalonado* ou, ainda, *procedimento funcionalmente escalonado*, seria uma alternativa legítima a ser pensada para livrar o processo de arbítrios e garantir a plenitude das salvaguardas constitucionais.

Fica aí a minha sugestão.

**PROCESSO JURISDICIONAL,
REPÚBLICA E OS INSTITUTOS
FUNDAMENTAIS DO DIREITO
PROCESSUAL¹²⁹**

Glauco GUMERATO RAMOS¹³⁰

Resumo: Texto em perspectiva dogmática do *garantismo processual*, onde se propõe a busca da dimensão *semântica* dos Institutos (ou Categorias) Fundamentais do Direito Processual dentro do marco constitucional republicano e democrático. O texto propõe a criação da(s) *norma(s) jurídica(s)* que incide(m) sobre o tema a partir do denominado princípio republicano.

Palavras-chave: Processo – República – *garantismo processual* – Institutos Fundamentais do Processo (=Trilogia Estrutural) – Ação, Processo, Jurisdição – dimensão *semântica* – princípio republicano.

¹²⁹ Texto-base de minha intervenção no 8º Congresso de Direito Processual de Uberaba, em 11/set/2014, repetida no XIII Congresso Nacional de Derecho Procesal Garantista, realizado em Azul, Argentina, em 23/set/2014. Também publicado na Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), 88/251, out-set/2014.

¹³⁰ Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Ibero-americano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Presidente para o Brasil do IPDP. Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta (FADIPA). Advogado.

Resumen: Texto desde la mirada dogmática del *garantismo procesal*, donde se propone la búsqueda de la dimensión *semántica* de los Institutos (o Categorias) Fundamentales del Derecho Procesal en el marco constitucional republicano y democrático. El texto propone la creación de la(s) *norma(s) jurídica(s)* sobre el tema desde el denominado principio republicano.

Palabras-clave: Proceso – República – *garantismo procesal* – Institutos Fundamentales del Proceso (=Trilogía Estructural) – Acción, Proceso, Jurisdicción – dimensión *semántica* – principio republicano.

PROLEGÔMENOS

Processo e República são categorias jurídico-políticas que habitam os quadrantes da Teoria Geral do Direito, e entre elas há uma forte correlação *pragmática*. Por isso o *processo jurisdicional* deve ter a sua engrenagem de funcionamento regida pelos atributos que substanciam o *princípio republicano*.

Nada mais elementar!

Se o *Processo* é operado no ambiente republicano, é natural que os caracteres da *República* marquem fortemente o seu perfil *fisiológico-funcional*, seja na atuação do *jurisdicionado* que busca – como autor ou réu – a atuação da tutela jurisdicional (= *ex parte populi*), seja no *proceder* e no *decidir* do agente político que exerce o poder que é próprio do Judiciário (= *ex parte principis*). Significa dizer que tanto na

ótica de quem *pede* a atuação da jurisdição (=partes), quanto na de quem a *exerce* (=juízes), a mirada prospectiva é projetada para o ambiente constitucional *republicano*, e democrático, obviamente.

Os chamados *Institutos Fundamentais do Direito Processual* surgem na Teoria do Processo como fruto das reflexões posteriores ao início da fase dita *científica* (=ou de *autonomia*) do direito processual, inaugurada a partir da publicação do clássico livro de Oskar von Bülow¹³¹, na segunda metade do Séc. XIX.

A partir daí formaram-se os conceitos das categorias *ação*, *processo* e *jurisdição* dentro de uma dogmática *processualcivilística* potencializada em perspectiva (ultra)publicista e autoritária – *ex parte principis*, portanto –, cuja obra legislativa de Franz Klein para o Império Austro-Húngaro foi a semente da qual germinaram vários modelos de CPCs da Europa Continental e da América Latina¹³² ao largo do século XX.¹³³

¹³¹ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen)*, trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: EJE, 1964.

¹³² Cf. CIPRIANI, Franco. “El centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)”, em *Batallas por la Justicia Civil – Ensayos (compilación y traducción EUGENIA ARIANO DEHO)*, Lima: Cultural Cuzco, 2003, pp. 59-87. Cf. tb. RAMOS, Glauco Gumerato. “Ativismo e Garantismo no processo civil: apresentação do debate”, em *Ativismo judicial e garantismo processual*, coords.

Após a segunda metade do Séc. XX, o direito processual passa a ser pensado em perspectiva *instrumentalista* – cada vez mais criticada no Brasil¹³⁴ –, onde o objetivo do Processo é o atingimento dos “escopos” político, jurídico, social e econômico do Estado¹³⁵.

Atualmente, vive-se a *febre confusa* do chamado *neoconstitucionalismo*, que fez a doutrina de plantão identificar um certo *neoproces-*

DIDER Jr., Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e LEVY, Wilson. *Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 273-286.*

¹³³ Ainda sobre a influência da obra de Klein sobre a legislação processual que se formou no século XX, cf. LENT, Friedrich, *Diritto processuale civile tedesco – Prima parte: Il procedimento di cognizione (Zivilprozessrecht, trad. EDOARDO F. Ricci)*, Napoli: Morano Editore, 1962, p. 364 (*Perfilho storico del processo civile – § 102. Il secolo ventesimo*).

¹³⁴ LÊNIO STRECK: “No âmbito do processo civil, por exemplo, temos uma explicação privilegiada de como essa mescla acrítica de tradições pode levar a resultados perigosos para formação de nossa arquitetura democrática. Com efeito, o predomínio das vertentes instrumentalistas do processo no campo da teoria processual produziu um tipo intrigante de sincretismo de tradições. A ideia de que o processo é um instrumento teleológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos encarega a jurisdição de – solipsisticamente – levá-los à realização”. Cf. em *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, São Paulo: Ed. Saraiva, 4ª edição, 2ª tiragem, 2012, p. 30. *De formação dogmática constitucional e de teoria geral do direito, Lênio Streck é um dos maiores críticos do ativismo judicial reinante no Brasil.*

¹³⁵ Sobre as ideias instrumentalistas, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 6ª edição, 1998, *passim*.

*sualismo*¹³⁶. O discurso jurídico que está na base dessas diversas doutrinas, caracterizadas pelo prefixo “neo” que as adjectiva, dissimula o viés *estatal-autoritário* que lhe dá suporte através de posturas dogmáticas que, a toque de “foice e martelo” (=ativismo socialista) ou sob “fascio” (=ativismo fascista)¹³⁷, pretendem fazer do Direito, e do Processo que o concretiza, um instrumento idiosincrático de servidão a uma certa “ética subjetiva” que emana do “senso de justiça” daquele que exerce o poder jurisdicional, que assim age amparado/legitimado na “força” do discurso *neoprocessual-neoconstitucional*. É claro que a intenção é boa, não se nega isso. Mas toda vez que determinada proposição jurídica aparece justificada em fundamentos que baralham Direito e moral, a análise acurada do discurso que procura legitimá-la nos revela a faceta de um *dirigismo-decisionismo* que invariavelmente enfraquece um dos mais importantes – se

¹³⁶ No caso do Brasil, por exemplo, v. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2011, *passim*.

¹³⁷ Ver AROCA, Juan Montero. “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, em *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coordinador JUAN MONTERO AROCA), Tirant lo Blanch: Valencia, 2006, p. 294-353. V. ainda, com muito proveito, COSTA, Eduardo, “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”, RBDPro 82/205.

não o mais! – atributos do Direito: a segurança jurídica.

Este ensaio rechaça qualquer das “teses” defendidas pelos vários “neoconstitucionalismos”¹³⁸ que atualmente contagiam o discurso jurídico, o que acaba fomentando um processo jurisdicional que no plano *pragmático* se apresenta esqualido em “*republicanismo*”. Descartam-se, da mesma forma, posturas *instrumentalistas* que procuram explicar o Processo como um “instrumento”¹³⁹ voltado às realizações dos fins do Estado – *ex parte principis*, portanto –, já que isso proporciona que o processo jurisdicional seja pensado e concretizado a partir de premissas *autoritárias*.

Como o ambiente republicano e democrático é refratário ao uso do poder com base no próprio arbítrio do agente político, o *solipsismo judicial* (LÊNIO STRECK) é incompatível com

¹³⁸ Sobre a existência de vários “neoconstitucionalismos”, bem como certos aspectos da crítica dogmática de que são merecedores, cf. o excelente “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, ÁVILA, Humberto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>.

¹³⁹ Criticando – acertadamente, ao meu ver – a instrumentalidade, a ideia de processo como “instrumento”, cf. CALMON DE PASSOS, “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, em J.J. Calmon de Passos – *Ensaio e Artigos*, vol. I, organizadores DIDIER JR., Fredie e BRAGA, Paula Sarno. Salvador: Ed. JusPodium, 2014, pp. 31-43. *Tb. publicado na RePro 102, abril de 2001.*

a dimensão *semântica* do mundo jurídico-constitucional¹⁴⁰. O manejo adequado do processo jurisdicional deve circunscrever-se aos limites das imposições constitucionais que marcam o seu perfil, que em última análise existem para racionalizar o discurso jurídico que fundamenta a tomada de decisão por parte autoridade judicial.

Pensado o Processo a partir das *garantias processuais* previstas no plano *sintático* dos *enunciados prescritivos* contidos na Constituição, torna-se perfeitamente possível redimensionar o conteúdo *semântico* de várias das categorias jurídico-processuais, e isso tende a repercutir na própria forma de ser do processo jurisdicional que manejamos. Se a nossa ordem constitucional é fundada em preceitos *republicanos* e democráticos, é natural que o ambiente daí estabelecido influencie os vínculos entre o jurisdicionado e o poder jurisdicional.

Este ensaio sugere que uma ordem constitucional confessadamente *republicana* e democrática serve de ponto de partida para novas reflexões sobre temas de alta relevância para o

¹⁴⁰ Sobre algumas características da dimensão semântica do plano constitucional que impactam o processo jurisdicional, cf. o meu “Aspectos semânticos de uma contradição pragmática. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem”, RAMOS, Glauco Gumerato, em *Ativismo judicial e garantismo processual*, coords. DIDIER Jr., Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e

direito processual, como o são, por exemplo, os chamados *Institutos Fundamentais* (=ação, processo, jurisdição).

HIPÓTESE DE TRABALHO

Partindo da premissa de que os conceitos de *Processo* e *República* se correlacionam em suas dimensões *pragmáticas*, e que isso necessariamente deve ser levado em conta nas formulações teóricas e nas resoluções práticas do processo jurisdicional, a partir do chamado *princípio republicano* procurar-se-á traçar novos contornos aos conceitos de ação, processo e jurisdição, dos Institutos Fundamentais, portanto.

A partir daquilo que consta na maioria dos manuais que trata da teoria geral do processo, será demonstrado como estes conceitos fundamentais foram vislumbrados e trabalhados pela doutrina a partir da fase *científica* do direito processual. Também será demonstrado que, via de regra, a dogmática processualcivilística pautou o seu discurso jurídico muito mais para justificar os institutos fundamentais sob uma ótica *estatizante*, e portanto autoritária, que sob a perspectiva do principal interessado na solução dos problemas que são levados à resolução atra-

LEVY, Wilson. *Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 245-253.*

vés do processo jurisdicional, que é o *jurisdicionado*.

Partindo-se i) da fixação dos elementos que caracterizam a *República*, ii) da aceitação de que o *princípio republicano* é determinante para o funcionamento do *Processo*, e iii) de como os temas dos institutos fundamentais estão dispostos analiticamente na Constituição brasileira, procurar-se-á construir as *normas jurídicas* que dão suporte ao redimensionamento dos conceitos de *ação*, de *processo* e de *jurisdição*. Serão propostos conceitos dogmáticos que compatibilizem o que está na *norma* com o que é observado empiricamente no dia a dia do processo.

Em suma, os *Institutos Fundamentais* do direito processual serão aqui apresentados em perspectiva republicana.

ARQUÉTIPO REPUBLICANO

Naturalmente a ideia sobre *República* será aqui levada em conta em sua acepção moderna, tal como hoje é vislumbrada. No ponto, vale lembrar GERALDO ATALIBA. Em obra clássica, o constitucionalista da PUC/SP sintetiza de forma simples e precisa os caracteres que informam a ideia de *República*:

“*República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) re-*

presentam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.”¹⁴¹

Com base neste conceito, é possível identificar os principais atributos que a qualificam: i) *responsabilidade*, ii) *representatividade* e iii) *periodicidade*. A estes, penso que seja possível agregar outro atributo que integra fisiologicamente a República: o da *Separação dos Poderes*.¹⁴²

Nota-se que há uma identificação das *funções políticas* com as atividades EXECUTIVAS e LEGISLATIVAS, e são *políticas* porque são exercidas por mandatários do povo, que por ele *escolhem* os rumos que seguirão a respectiva atividade. A essas *funções* (=executiva e legislativa) não aparece vinculada a função *jurisdicional*, o que obviamente não projeta a atividade da pessoa física que a exerce

¹⁴¹ Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, São Paulo: Malheiros Editores, 2011, 3ª edição, p. 15.

¹⁴² A *Separação dos Poderes* aqui mencionada é aquela pensada por Montesquieu, e não por Locke, e reflete a regra contida em nossas Constituições no sentido de que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si. EROS GRAU: “... das colocações de Locke e de Montesquieu, permite-nos verificar que o primeiro propõe uma separação dual entre três poderes – o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro – e o segundo sugere não a divisão ou separação, mas o equilíbrio entre três poderes distintos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Cf. em *O direito posto*

(=juiz) a um nível de *irresponsabilidade* funcional, aqui tomada em sua acepção republicana. Se assim o fosse, teríamos oráculos, e não juizes, desvinculados da ordem constitucional *republicana* e democrática à qual todos, indivíduo, sociedade civil e Estado, estamos submetidos.

Seguindo o raciocínio aqui exposto, o fato de o juiz não ter *representatividade* tem um único e *republicano* significado: na *República* eles NÃO *representam* a vontade do povo, uma vez que essa missão republicana compete ao Legislador, sendo este o motivo pelo qual juizes NÃO são eleitos pelo voto popular.

Ao Poder Judiciário e aos seus juizes é reservado um papel eminentemente *técnico*, consistente na análise e na aplicação da Lei aos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação. Aqui considerada em sua dimensão *pragmática* de ordenamento jurídico, organizado a partir da Constituição e dos demais regramentos legais nela fundamentados, a Lei é produto dos órgãos de *representação popular*, revelando aquilo que a sociedade escolheu para a sua própria organização.

No processo de aplicação – técnica, pessoal e imparcial – da Lei, não cabe ao juiz ou ao tribunal levar em conta a sua própria vontade. No ambiente republicano, as idiossincrasias daquele que exerce a *jurisdição* em nenhuma

hipótese podem atuar como *motivo determinante* no processo de decisão. E assim funciona exatamente porque o juiz não representa a vontade do povo, eis que não é eleito pelo voto popular (=representatividade). É como explica o mesmo GERALDO ATALIBA: “*não há razão para que o instituto representativo se faça sentir na seleção dos cidadãos que irão servir no Poder Judiciário. As funções técnicas não devem ser representativas, por que são não políticas*”.¹⁴³

Em síntese de simplificação: o Judiciário exerce a função técnica de *decidir* com base na Lei (=vontade popular) e nas regras constitucionais que orientam o poder jurisdicional. Não cabe a ele *escolher*. *Escolha* é algo próprio das funções políticas (=executiva e legislativa). O juiz não tem *representatividade* porque na *República* a função jurisdicional é *técnica*, não decorrendo da vontade do povo e, por conseguinte, de nenhuma pessoa física.

Como consequência da *representatividade* – própria das funções políticas – existe a *periodicidade*, representada no período estabelecido pela Lei para a duração do mandato popular. A correlação existente entre a *representatividade* e a *periodicidade* marca um atributo fundamental da *República*, que é a possibilidade de a vontade popular, através do voto, controlar

e o direito pressuposto, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2000, p. 173.

res, 3ª edição, 2000, p. 173.

o ingresso e a permanência dos cidadãos que irão desenvolver as *funções políticas* executivas e legislativas.

Via de regra, na América Latina e na Europa continental o Poder Judiciário é formado por cidadãos que se tornam juízes mediante concurso público, exercendo suas funções vitaliciamente ou até que alcancem o limite temporal imposto pela Lei para o afastamento definitivo de suas funções através da aposentadoria (=jubilación). Ainda que tenhamos em mente que mesmo na *República* a composição de alguns Tribunais é feita através de um processo de *escolha compartilhada* entre órgãos executivos e legislativos, e ainda que o exercício da respectiva função, em tese, possa se dar por um determinado período de tempo (=mandato), é evidente que mesmo nesses casos a função jurisdicional não representa a vontade popular e seguirá sendo uma função *técnica* de interpretação e de aplicação da Lei. Esta – a Lei – é o *standard* jurídico que recepciona a vontade popular traduzida em *enunciados prescritivos* estabelecidos pelos seus *representantes*, eleitos para o desempenho *periódico* de funções políticas.

A *República* ainda tem como atributo a *responsabilidade* a que estão sujeitos aqueles que exercem funções políticas (=executiva e legislativa). Essas funções – eis que políticas –

são exercidas mediante atos de *escolha* de quem as exerce, e tais escolhas são feitas com amparo na vontade popular que as legitima.

Várias são as formas de se *responsabilizar* o agente republicano que exerce função executiva ou legislativa. O *impeachment*, por exemplo, é uma delas. Mas no ambiente republicano, onde a *representatividade* ocorre com base na *periodicidade*, uma das formas mais contundentes de responsabilização daqueles que exercem funções políticas se dá pela própria vontade popular, que sempre terá a opção de não eleger ou não reeleger aquele cidadão que não se mostrou digno da confiança que se expressa através do voto.

Como não são eleitos – e não são eleitos porque não representam a vontade popular –, estariam os juízes imunes à *responsabilidade* que substancia o princípio republicano? Ou, dito de outra maneira, a responsabilidade republicana deixa de atingir os juízes quando, no curso do processo jurisdicional, manejam a *jurisdição* como uma função política, *escolhendo* os rumos da solução a ser dada a um caso concreto com base no próprio arbítrio?

Apesar de destituídos de *representatividade* e da *periodicidade* que marcam as *funções políticas* (= executiva e legislativa), é evidente que os juízes devem sujeitar-se à *responsabilidade* republicana quando violam os limites téc-

¹⁴³ ATALIBA, Geraldo, *op. cit.*, p. 113.

nicos da função jurisdicional – essencialmente ligada à atividade de *decidir* – e deliberadamente partem para *escolhas* fundadas no próprio arbítrio, rigorosamente *deslegitimadas* da representatividade que caracteriza a vontade popular.

A *República*, portanto, pressupõe a responsabilidade de cada um de seus *agentes* políticos, e *agentes políticos* são todos os cidadãos que integram a estrutura estatal desempenhando a função executiva e legislativa (=funções políticas; implica *escolha*) e a função jurisdicional (=função *técnica*; implica *decisão*). Logo, nem todo *agente* político exerce *função* política.

INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL: VISÃO TRADICIONAL

Ao largo do século XX, a doutrina tratou os institutos fundamentais enaltecendo e potencializando a *jurisdição* como o polo metodológico de maior relevância. Seria ela o elemento mais importante do eixo sistemático a partir do qual se estruturou a chamada teoria geral do processo. A partir daí o *processo* amesquinhou-se em mero “instrumento da *jurisdição*”¹⁴⁴. Em suma: aquele foi posto a serviço desta.

¹⁴⁴ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel: “O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e

Sendo a *jurisdição* uma função decorrente do exercício do poder, foi natural que a dogmática processual prospectasse ideias de viés *autoritário* para explicar cientificamente vários dos temas ligados ao funcionamento do processo jurisdicional. Os motivos para as concepções processualcivilísticas *ex parte principis* são diversos. FRANZ KLEIN (=CPC austríaco de 1895) e ANTON MENGER (=socialismo jurídico), ambos a partir do Império Austro-Húngaro, auxiliaram nessa forma de ver as coisas. Mas a teoria geral do processo, estruturada em torno da *jurisdição*, também colaborou decisivamente para isso.

A análise da teoria geral do processo a partir desta perspectiva fortemente *publicista-autoritária* é o que chamo de *visão tradicional*.

PANORAMA

A proposta de conceber o direito processual a partir de institutos (ou categorias) fundamentais foi esboçada por Chiovenda em Aula Magna que proferiu na Universidade de Bolonha em 03 de fevereiro de 1903¹⁴⁵, sobre a

fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)”. Cf. em Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª edição, p. 301.

¹⁴⁵ Sobre a data exata da conferência de Chiovenda em Bolonha, cf. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria*

“ação no sistema dos direitos”¹⁴⁶. Nos apontamentos deste seu discurso em Bolonha, que se tornou um clássico para estudos posteriores do direito processual, Chiovenda lança numa nota de rodapé a semente que algum tempo depois permitiu germinar a ideia de que as engrenagens do direito processual se desenvolvem a partir de três conceitos fundamentais. Posteriormente, PODETTI passa a denominá-los de *trilogia estrutural do processo*.¹⁴⁷

A leitura da respectiva nota de rodapé¹⁴⁸ mostra que naquele momento a intuição de Chiovenda fora no sentido de organizar os três conceitos fundamentais na seguinte ordem: *ação*, *jurisdição* e *processo*, conclusão a que se chega porque naquele apontamento o processualista italiano explica que as três grandes divisões que se complementam reciprocamente seriam a *teoria da ação* (=ação) e das *condições da tutela*

jurídica (=jurisdição), além da *teoria dos pressupostos processuais e do procedimento* (=processo).

Vê-se que no texto-base de sua exposição na Universidade de Bolonha, em 1903, Chiovenda não começou sua argumentação sobre os conceitos fundamentais pela *jurisdição*, o que com o passar do tempo mostrou-se tão ao gosto daqueles que se aventuraram a trabalhar sobre o tema.

Adverta-se que mesmo em suas *Instituições*, Chiovenda mantém-se coerente com as lições de Bolonha quanto à exposição destes conceitos fundamentais tendo como ponto de partida a *ação*. Porém, Chiovenda aperfeiçoa sua ideia original para versar o assunto de maneira mais lógica e racional – como mais adiante se explicará –, tratando de explicar os conceitos fundamentais nesta sequência: *ação*, *processo*, *jurisdição*. Basta que se observe o plano da exposição contido no sumário do volume 1 de suas *Instituições de Direito Processual Civil*. Ali, consta uma “primeira parte” em que se aborda *O Direito e a Ação* (§ 1º), e *O Processo Civil e a Relação Jurídica Processual* (§ 2º), e somente em uma “segunda parte” é que Chiovenda tratará da *Atuação da Lei* em prol do autor e do réu (§ 6º e ss.)¹⁴⁹. Portanto, a ordem sistemática de

General del Proceso, tomo I, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 17.

¹⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos* (trad. Hiltomar Martins Oliveira), Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, *passim*.

¹⁴⁷ PODETTI, José Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires: Ediar, 1963, pp. 334 e ss.

¹⁴⁸ CHIOVENDA: “Considerado nesse triplice aspecto, o processo recebe sua completa significação: um lado pressupõe o outro e nenhum pode ser estudado isoladamente com aproveitamento. Assim, na ciência do direito processual resultam três grandes divisões que se completam reciprocamente: a teoria da ação e das condições da tutela jurídica, a teoria dos pressupostos processuais e a teoria do procedimento”, cf. nota 2, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe *Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1* (trad. de Paolo Capitanio da

Chiovenda foi *ação, processo e jurisdição*. Fixe-se o ponto!

Mas o fato é que a semente plantada por Chiovenda foi germinar pelas mãos de Calamandrei. Discípulo de Chiovenda, Calamandrei teria vislumbrado a importância de explicar os fundamentos do direito processual a partir da organização sistemática destes três conceitos, conforme relata CIPRIANO GÓMEZ LARA com fundamento em estudo anterior de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO¹⁵⁰.

2ª edição do original italiano), Campinas: Ed. Bookseller, 1998.

¹⁵⁰ CIPRIANO GÓMEZ LARA: “Esta idea de los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal, se apuntó por primera vez en las notas de un discurso o prohusión inaugural de un curso, que el año de 1903, pronunció Chiovenda en la Universidad de Bolonha. Alcalá-Zamorra y Castillo nos expresa que en una pequeña nota, consistente en una cuantas líneas, Chiovenda ‘... apunta la idea de que los conceptos fundamentales del proceso son acción, jurisdicción y proceso’. Parece ser que Chiovenda, sin embargo, con posterioridad al años de 1903, no desenvuelve ni desarrolla esta importantísima idea de que los conceptos de acción, jurisdicción y proceso, sean los conceptos más importantes y fundamentales de la ciencia procesal. Es un discípulo suyo, ‘... Calamandrei, quien se da cuenta de la transcendencia del hallazgo y entonces él, ya sí de una manera categórica y precisa, afirma que las ideas fundamentales para a elaboración de la sistemática procesal, son esas tres y, a partir de entonces, una serie de autores de diferentes países van suscribiendo el mismo punto de vista y sustentan la idea de que la sistemática procesal puede alzarse sobre estos tres conceptos, e inclusive en Argentina, un autor, Podetti, los engloba bajo la denominación de trilogía estructural del proceso’.” Cf. em GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, México-DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera Reimpresión, 1981, p. 105.

Na “segunda seção” do volume 1 de seu *Direito processual civil – estudos sobre o processo civil*, Calamandrei utiliza-se de mais de 100 páginas para esboçar os conceitos, os desdobramentos e as distinções entre esses três conceitos por ele chamados de *fundamental trinômio sistemático*, não sem antes advertir que:

“Não é possível iniciar com utilidade o estudo descritivo e exegético de um Código de direito processual, a não ser partindo de três noções fundamentais de ordem sistemática, que não estão definidas, mas pressupostas, pelas leis positivas: *jurisdição, ação, processo*.”¹⁵¹

A partir daí observa-se que a exposição de Calamandrei inicia contextualizando a *jurisdição*, eleita por ele como o “primeiro argumento de estudo”¹⁵² e que teria por objeto de sua atividade a *ação*. Dessa maneira, “*jurisdição e ação entram em contato e se unem através do processo, o qual formará o terceiro argumento*”¹⁵³ do estudo por ele apresentado.¹⁵⁴

A maioria dos livros de *teoria geral do processo* existentes no Brasil, na América espa-

¹⁵¹ Cf. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil – Estudos sobre o processo civil* (trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery), Campinas: Ed. Bookseller, 1999, p. 93.

¹⁵² Op. cit. p. 94.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ CALAMANDREI foi categórico no ponto: “O trinômio das noções fundamentais que constituem as

nhola e na Europa continental desenvolve a exposição dos Institutos Fundamentais iniciando pelo conceito de *jurisdição*, ora elencando a *ação* e o *processo* como “segundo e terceiro argumentos”, na mesma linha de Calamandrei, ora secundando por *processo* para terminar pela *ação*. Pouco importa a ordem da inversão ação-processo, mas é sintomático que se inicie pela *jurisdição*. A maioria absoluta dos tomos de teoria geral do processo invariavelmente contextualiza o tema a partir do conceito de *jurisdição* e isso é facilmente verificável através de uma rápida consulta em nossas bibliotecas.

Dentro desse panorama de propor a organização dos Institutos Fundamentais seguindo a ordem *jurisdição*, *ação* e *processo*, o discurso da doutrina foi sempre uniforme e legitimador do Poder estatal como o grande *dirigente* e *protagonista* da cena processual, e por isso a *jurisdição* é trabalhada como o polo metodológico preponderante.

A partir daí a doutrina passou a enaltecer a importância dos Institutos Fundamentais, porém, sempre com o enaltecimento da *jurisdição* (=Poder) por sobre o *processo* (=Garantia) e a própria *ação* (=Liberdade). Como já assinalado, isso se verifica na forma como os livros de teoria geral do processo metodicamente organizam o assunto, de regra principiando pela exalta-

premissas de nosso estudo se completa com a de pro-

ção/explicação sobre a jurisdição, sendo a *ação* e o *processo* tratados sempre após aquela.

Essa forma de organizar o tema (=jurisdição, ação, processo), feita pela maioria dos manuais de teoria geral do processo, revela o pendor – ainda que inconsciente – da dogmática processualcivilística em enaltecer a *jurisdição* como a categoria jurídica mais importante da *Trilogia Estrutural do Direito Processual* (RAMIRO PODETTI). Esse fenômeno discursivo, naturalmente, colaborou na construção de concepções autoritárias para o direito processual.

Naturalmente existem as exceções. Em seu *Sistema Procesal*, ADOLFO ALVARADO VELLOSO é categórico em recusar o estudo da teoria geral do processo iniciando pela *jurisdição*, por entender que isso revela uma maneira autoritária de se conceber o fenômeno processual. O processualista argentino explica que essa dinâmica de exposição dos conceitos fundamentais é feita na perspectiva do *poder* (=jurisdição), e não da *liberdade* (=ação)¹⁵⁵ ou – diria eu – da *garantia* (=processo).

cesso”. Cf., op. cit. p. 253.

¹⁵⁵ ADOLFO ALVARADO VELLOSO: “Para lograr coherencia sistemática en todo lo que aquí diga respecto del proceso, y habida cuenta de que en el Capítulo anterior lo he presentado como el objeto de la acción procesal, parece claro que debo comenzar toda explicación a partir de su completa tipificación. Con ello, a más de aceptar como buena la presentación del tema que se hacía en la legislación del lejano

Abaixo segue uma visão macroscópica de como os manuais de teoria geral do processo explicam cada um dos Institutos Fundamentais, o que é bem conhecido pelos processualistas. De modo geral partem dos mesmos supostos conceituais radicados nas ideias que foram expostas originariamente por Calamandrei.

JURISDIÇÃO

A doutrina em geral aceita um clássico conceito doutrinário que concebe a *jurisdição* a partir daquele que seria o seu principal objetivo: “a atuação da vontade concreta da Lei” (CHIOVENDA). Nesse contexto a Lei é a projeção do *direito objetivo* estabelecido pelo Estado, através do qual “os particulares devem, em suas relações sociais, ajustar sua conduta”¹⁵⁶. O Estado, por sua vez, teria por finalidade fundamental a “preservação da ordem na sociedade”.¹⁵⁷

Calamandrei, que tanto influenciou a doutrina que posteriormente se debruçou sobre

pasado, asumo una posición filosófica que coloca a la libertad personal por encima de todo otro valor y, consiguientemente, considera que el Estado se halla al servicio del individuo y no a la inversa, cual lo ha imaginado el mundo totalitario que inicia toda explicación desde el concepto de jurisdicción y no del de acción”. Cf. em Sistema procesal – Garantía de la Libertad, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 201.

¹⁵⁶ Cf. CALAMANDREI, *op. cit.* p. 96.

¹⁵⁷ *Idem*;

os Institutos Fundamentais, ao se referir ao CPC italiano de 1940 afirma que este teria invertido a ordem de disposição do tema em comparação ao código anterior, que iniciava suas disposições legislativas gerais sobre a *ação*, ao passo que o CPC-40 tem como ponto de partida a *jurisdição* e o juiz.

Essa inversão sistemática em um CPC para principiar suas disposições legais pela *jurisdição*, ao invés da *ação*, a exemplo do que ocorreu no código de 1940 na Itália, pode-se dizer que é uma guinada política de cunho “estratégico”, numa clara opção *estatizante-autoritária* de enaltecimento do conceito de *jurisdição* como forma de atuação do Poder. A partir daí os Institutos Fundamentais passaram a ser trabalhados em perspectiva *ex parte principis*.

Calamandrei ainda lembra que a exposição de motivos do CPC italiano de 1940, chamada de *Relazione Grandi* em referência ao seu subscritor e Ministro da Justiça à época, Dino Grandi, foi categórica ao enaltecer a prioridade do conceito de *jurisdição*. Quanto à inversão *jurisdição-ação*, afirma a exposição de motivos do CPC-40:

“Essa variação de ordem sistemática é indicativa de uma mudança de mentalidade: o Código derogado propunha os problemas do ponto de vista do litigante que pede

*justiça, o novo os propõe do pondo de vista do juiz que deve administrá-la; enquanto o velho Código considerava a ação como un prius da jurisdição, o novo Código, invertendo os termos do binômio, concebe a atividade da parte em função do poder do juiz”.*¹⁵⁸⁻¹⁵⁹

Portanto, ainda que a doutrina não se dê conta do fato, ou não o confesse, trabalhar os Institutos Fundamentais principiando pela *jurisdição* é uma forma de priorizar e enaltecer o respectivo conceito em franca potencialização do Poder, o que invariavelmente traz consigo uma perspectiva autoritária – e por isso *antirrepublicana* – na compreensão/realização/concretização do fenômeno processual.

ACÇÃO

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Vale lembrar que JAIRRO PARRA QUIJANO traduziu ao espanhol a *Relazione Grandi*. Segue a versão de Jairo Parra ao item 19 da *Relazione (=Sistema y técnica del Código)*: “Mientras que el Código de 1865 iniciaba su primer libro, dedicado al proceso de cognición, por las disposiciones generales sobre el ejercicio de la acción, el nuevo código parte de la jurisdicción y del juez. Esta variación en el orden sistemático, es índice de un cambio de mentalidad: el anterior código se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia, el nuevo los encara desde un punto de vista del juez que debe administrarla; mientras el antiguo código consideraba la acción com un prius de la jursidicción, el nuevo código, invirtiendo los términos del binomio, concibe la actividad de la parte en función del poder de juez”. Cf. em *Racionalidad e ideología en las*

A dogmática processual fez correr “rios de tinta” para escrever sobre a *acção*. Em diversos momentos históricos foram várias as teorias, polêmicas etc., que sobre ela se formaram. Como exemplos eloquentes de especulações teóricas em torno da *acção* podem-se indicar: a teoria imanentista; a polêmica Windisheid-Muther sobre as eventuais distinções entre a *actio* romana, a *klagerecht* e a *anspurch*; a teoria da ação como direito autônomo e concreto; a teoria da ação como direito autônomo e abstrato; teoria da ação apenas como direito autônomo; a teoria da ação de Liebman.¹⁶⁰

Independentemente de qualquer variação teórica a seu respeito, a visão tradicional da teoria geral do processo sempre foi no sentido de vislumbrar a ação como o direito ao exercício da *atividade* jurisdicional, ou, mais especificamente, o direito a um *provimento* jurisdicional.

A ação é exercida *contra* o Estado-juiz e a partir daí surge a “obrigação” deste em efetivar a *prestação* estatal-jurisdicional. Entenda-se o ponto: o interessado exerce o seu direito de ação e o Estado-juiz provê a solução do problema.

Ainda que de maneira dissimulada, essa forma de vislumbrar a ação revela uma realidade

pruebas de oficio, Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 190.

¹⁶⁰ Cf. ARAÚJO CINTRA, GRINOVER, e DINAMARCO, *op. cit.*, pp. 271-277.

assentada em um vínculo de sujeição que submete aquele que exerce o direito de ação aos desígnios do Estado-juiz.

Soma-se a todas essas circunstâncias o fato de que diante da vedação da autotutela e da assunção pelo Estado da prerrogativa exclusiva de exercer a função jurisdicional, na perspectiva tradicional o exercício da ação permite que seja viabilizado o fim da jurisdição, que é “a exata observância do direito objetivo”¹⁶¹, ou a atuação da vontade concreta da Lei. Nessa perspectiva, a realização/concretização do *direito subjetivo* do jurisdicionado é sutilmente renegada a um segundo plano de importância diante do interesse primeiro do Estado em se fazer presente através da jurisdição para impor o *direito objetivo* ao caso concreto.

PROCESSO

A exemplo do que ocorreu com a ação, várias foram as teorias que procuraram explicar o processo e sua natureza jurídica. Dentre as que ganharam maior prestígio e são comumente referenciadas pela doutrina, temos: o processo como contrato; o processo como quase-contrato; processo como serviço público; processo como instituição; processo como situação jurídica; processo como relação jurídica; processo como

instrumento para a consecução dos escopos do Estado.

Foi no curso do século XX que o processo definitivamente passou a ser encarado como o *instrumento* através do qual a *jurisdição* opera sua finalidade de concretização dos objetivos (=escopos) do Estado. Processo e jurisdição passam a se correlacionar sob a lógica maquiavélica de *fim* (=jurisdição) e *meio* (=processo). Aprimora-se a concepção *instrumentalista* do processo.

Sendo a *jurisdição* a atividade-fim de maior preponderância do fenômeno processual, o processo naturalmente é posto a serviço daquela, de modo que muitas vezes as regras de seu funcionamento podem até mesmo ser postas de lado para não comprometer a finalidade maior que é a própria “afirmação” do poder através da atuação jurisdicional.

Nessa perspectiva, em que o processo se apresenta amesquinhado diante da jurisdição, o eventual seccionamento de sua sequência lógica, que existe exatamente para *garantir* a realização plena do contraditório e da ampla defesa, acaba sendo tolerado, nos moldes de uma “perenização do **fetich**e da Justiça Rápida, cuja velocidade pode ser aumentada pela supressão do **processo** e, até mesmo, do **procedimento**, com a altaneira supremacia da **jurisdição**. É nesse vértice que nos incumbe analisar a coerente ju-

¹⁶¹ Cf. CALAMANDREI, *op. cit.* 187.

diciarização do **Processo Civil** como instrumento de eficiência tirânica de uma **jurisdição** justiceira.”¹⁶²

O processo posto a serviço da jurisdição é um processo esqualido, cujo discurso em torno de sua “efetividade” justifica que a “celeridade processual” seja utilizada em detrimento da *regularidade-funcional* que a observação de todas as suas etapas visa a *garantir*¹⁶³.

Em suma: a visão tradicional do *processo* não deixa de ser estatizante-autoritária porque

¹⁶² Cf. um dos mais contundentes críticos das posturas instrumentalistas, LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 8ª edição, 2009, p. 254. As palavras em negrito são do original.

¹⁶³ GLAUCO GUMERATO RAMOS: “A lógica da celeridade processual representa um problema (=estrutura jurídica + ideologia). Se bem pensadas as coisas, o discurso em torno da celeridade revela que a preocupação em concretizá-la é do Estado-Judiciário, que bem ou mal, respeitando ou não as garantias constitucionais, o devido processo legal, enfim, o próprio modelo republicano no qual e para o qual é exercida a jurisdição, pretende solucionar com a maior rapidez possível às demandas que lhe são submetidas pelos jurisdicionados. Para essa heroica missão, a celeridade processual surge de capa e espada no interior do discurso – tão melancólico, quanto inocente – de que ela seria uma espécie de panaceia a colaborar com a “tão almejada” efetividade do processo. Esta, a efetividade do processo, tal qual a celeridade processual, funciona diante de nós como sintagmas discursivos capazes de, em passe-de-mágica, resolver, se não todos, vários dos problemas que vivenciamos no dia-a-dia de nossas funções diante do Poder Judiciário”. Em texto ainda inédito sob o título “Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no de amanhã”.

o seu manejo é voltado à concretização do poder representado pela *jurisdição*.

INSTITUTOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVA REPUBLICANA

É preciso conceber a ideia e o conceito de cada um dos Institutos Fundamentais do direito processual levando em conta as diretrizes constitucionais-republicanas. Este é o meu objetivo com este ensaio.

Abaixo segue uma proposta de redimensionamento dos conceitos de *ação*, de *processo* e de *jurisdição*, que nesta exata *ordem sequencial* devem ser estudados, posto que uma maneira mais *lógica*, mais *racional* e mais *adequada* para compreendê-los em perspectiva republicana.

Não se aprofundará o estudo sobre os princípios e/ou desdobramentos de cada um destes Institutos Fundamentais, como, por exemplo: i) sobre a evolução histórica do conceito de *ação*, ou sobre as condições da *ação*, ou sobre a classificação das *ações*; ii) sobre a natureza jurídica do processo jurisdicional, ou sobre os tipos de processo, ou sobre os pressupostos processuais; iii) sobre o significado etimológico de *jurisdição*, ou sobre as suas características, ou sobre a tutela jurisdicional clássica ou diferenci-

ada. Estes e outros temas correlatos não serão abordados neste ensaio.

Apenas será exposto o conceito que se entende possível atribuir a cada um dos elementos integrantes deste *trinômio metodológico* quando trabalhados em perspectiva republicana. Fixados os respectivos conceitos, todos elaborados a partir de *enunciados prescritivos* contidos na Constituição brasileira e do Pacto de São José da Costa Rica¹⁶⁴, entendo ser possível construir uma teoria geral do processo jurisdicional que corresponda às diretrizes estabelecidas exclusivamente no plano jurídico e na própria observação empírica do fenômeno processual. Vale dizer: será tentado um experimento voltado a harmonizar as diretrizes *sintática*, *semântica* e *pragmática* do ordenamento jurídico-constitucional ao qual estamos – juridicamente – vinculados.

(RE)ORGANIZAÇÃO DO TEMA

Apesar de a dogmática processual assentar-se no *sensu comum* para explicar os Institutos Fundamentais a partir das premissas lançadas por Calamandrei, que sistematizou os conceitos e as distinções entre *jurisdição*, *ação* e *processo* em perspectiva (ultra)publicista, ainda assim é possível (re)organizar o tema, traba-

lhando estes conceitos tendo-se em conta o *princípio republicano* que habita as nossas Constituições e que, portanto, é determinante no funcionamento do processo jurisdicional.

No item 5.1, *supra*, há menção ao fato de que se deve a Chiovenda a ideia de estudar o direito processual a partir do eixo sistemático representado pelos conceitos de *ação*, de *jurisdição* e de *processo* – nesta exata ordem –, conforme se depreende de suas notas aportadas ao texto-base da Aula Magna que proferiu na Universidade de Bolonha, em 1903. Também foi mencionado que no volume 1 de suas *Instituições*, talvez motivado por um imperativo lógico-racional, Chiovenda fez o seu plano de exposição iniciando a contextualização dos Institutos Fundamentais a partir do conceito de *ação*, secundada pelo de *processo* e encerrando pelo de *jurisdição*.

Este ensaio descarta a apresentação que tradicionalmente a doutrina faz do tema. Penso que as coisas podem ser explicadas por aquilo que empiricamente elas representam, naturalmente tendo-se em conta o ambiente *republicano* e democrático no qual o processo jurisdicional será operado.

Antes de tudo é preciso aceitar o imperativo lógico-racional de que a análise das categorias fundamentais do direito processual deve

¹⁶⁴ Em especial o seu artigo 8º, que trata das “Garan-

seguir o eixo sistemático assim disposto: *ação*, *processo*, *jurisdição*.

Na ordem constitucional republicana e democrática à qual estamos submetidos, não parece trazer qualquer dificuldade racional a percepção empírica de que cada uma dessas categorias (=ou institutos) fundamentais existem no mundo da vida como *antecedente lógico* da realidade posterior que – também logicamente – lhe sucede. Explico através de interrogações. Há *processo* sem *ação*? Há *jurisdição* sem *processo*? Há *jurisdição* sem que haja o *processo* iniciado pela *ação*? A resposta para todas estas perguntas será negativa, o que leva a conclusão empírica de que em matéria de Institutos Fundamentais o *posterior* sempre será uma consequência do *anterior*.

É evidente que se pode estudar em compartimentos estanques cada um desses conceitos (=ação, processo, jurisdição). Mas a partir do momento em que a doutrina chamou a atenção para o fato de que o fenômeno processual deve ser vislumbrado cientificamente a partir do eixo sistemático formado pelos Institutos Fundamentais, é evidente que as coisas devem ser pensadas seguindo a lógica funcional daquilo que, em perspectiva *macroscópico-pragmática*, chamamos de Processo, que em última análise representa a organização *sistemático-fisiológica* da

tias Judiciais”.

ação, do *processo* e da *jurisdição*, dos conceitos fundamentais, portanto.

A obviedade desta observação empírica ganha força quando se mira a questão a partir da influência que lhe provoca o *princípio republicano*. Este princípio revela que o ambiente político-constitucional em que vivemos é a *República*, necessariamente estruturada para a *contenção/diminuição* do arbítrio relacionado ao exercício do Poder, não pode haver dúvida de que as engrenagens que movem o processo jurisdicional não podem ser explicadas em perspectiva *ex parte principis*. Ao contrário – muito ao contrário, direi eu –, o *processo jurisdicional* precisa ser pensado e estruturado a partir da *liberdade* (=dispositividade) que a Constituição confere ao jurisdicionado para *iniciá-lo*, ou não, através do exercício da *garantia* constitucional-libertária da *ação*. Desse modo, sem a *ação* (=liberdade), não haverá o *processo* (=garantia) que dá legitimação *constitucional-republicana-democrática* ao exercício da *jurisdição* (=poder).

Este importante aspecto da Teoria Geral do Processo tem aderência plástica a qualquer das manifestações do processo jurisdicional, inclusive no âmbito processual penal. Ali, o *dominus litis* (=Ministério Público) apenas exercerá responsabilmente a *ação* nos casos em que estiverem presentes os sinais concretos que a justifiquem, que são os *indícios de autoria*

(=aspecto subjetivo do fato penal) e a *prova da materialidade* (=aspecto objetivo do fato penal).

Em miúdos: através do exercício da *ação* (=liberdade), será formado o *processo* (=garantia) que viabilizará a atuação legítima da *jurisdição* (=poder). É por isso que por um imperativo lógico a sequência da exposição e da contextualização do trinômio fundamental só pode ser esta: *ação-processo-jurisdição*.

Tenho para mim que essa ordem de exposição/apresentação dos Institutos Fundamentais, além de lógica – eis que decorre da própria natureza das coisas –, está rigorosamente adequada ao ambiente republicano no qual convivem o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, como decorrência da própria estrutura jurídica estabelecida pela Constituição.

Reconhece-se que a forma com a qual a dogmática processual estruturou os Institutos Fundamentais ao largo do século XX correspondeu às especulações próprias de sua época, e talvez por isso seguiu-se na toada do senso comum que enaltece a *jurisdição* como valor preponderante quando comparada à *ação* e ao *processo*. Mas agora é importante deixar de lado certos conceitos que não se compatibilizam com uma ordem constitucional republicana e democrática, para que se possa (re)dimensionar a compreensão em torno dos conceitos fundamentais do direito processual.

Valendo-me de *enunciados prescritivos* contidos no Pacto de São José e na Constituição brasileira – mas o exercício é possível a partir de qualquer outra Constituição republicana –, abaixo esboçarei os conceitos de cada um dos elementos integrantes deste trinômio fundamental para a Teoria Geral do Processo, o que farei partindo das seguintes premissas: i) processo e república são valores *político-jurídico-constitucionais* que se correlacionam; ii) a função *jurisdicional* não é uma função política (=de escolha), mas técnica (=de decisão); iii) o princípio republicano é determinante para a atuação legítima do poder estatal; iv) o princípio republicano implica *redução/contenção* do arbítrio; v) os cidadãos integrantes do Poder Judiciário republicano não podem pautar suas tomadas de decisão mediante supostos *subjetivos-idiossincráticos* ou mesmo metajurídicos; vi) o exercício da *ação* é uma *garantia* decorrente da *liberdade* que é viabilizada pela República; vii) o *processo* é um método de debate consubstanciado na correlata *garantia* constitucional orientada pelo *princípio republicano*; viii) a *jurisdição* é uma manifestação de poder *republicano*.

AÇÃO

O que é a *ação* para o processo jurisdicional *republicano*?

Discussões clássicas sobre o conceito de *ação* como WINDSCHEID-MUTHER, por exemplo, ou a *ação* como instância bilateral, para BRISEÑO SIERRA, ou mesmo *ação* material *versus* *ação* processual, para PONTES DE MIRANDA, aqui serão postas de lado. Compreende-se a complexidade e profundidade destes e de outros estudos sobre o tema, como ainda compreende-se o valor histórico de cada uma dessas proposições. Mas o fato é que na atualidade, após toda a evolução do direito processual, somando à observação empírica do respectivo fenômeno, a *ação* pode ser vislumbrada-conceituada a partir daquilo que ela *é* e para que ela *serve*.

A *ação* é uma garantia constitucional cujo exercício permite ao jurisdicionado levar qualquer pretensão jurídica, que lhe permite a própria *liberdade* (=dispositividade), à apreciação do Poder Judiciário. E mais. É através dela que será iniciado o *processo*.

Neste *enunciado descritivo* (=conceito), cuja simplicidade repousa na observação empírica do que ocorre no mundo da vida, explica-se o que ela *é* e para que ela *serve*. Além do mais, este conceito vincula o exercício da *ação* à liberdade (=dispositividade) que a ordem constitucional *republicana* a todos franqueia.

A Constituição da *República* brasileira (art. 1º, *caput*) é clara em afirmar como *garantias* fundamentais: i) que são invioláveis, dentre outros, “o direito à liberdade e à igualdade” (CRBra, art. 5º, *caput*); ii) que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CRBra, art. 5º, II); iii) que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CRBra, art. 5º, XXXV).

A partir destes *enunciados prescritivos*, é possível chegar ao *enunciado descritivo* acima proposto para a (re)formulação do conceito de *ação* no ambiente *republicano* e democrático. Mas não é só. Estes enunciados prescritivos extraídos da Constituição brasileira – além dos que se podem extrair do Pacto de São José da Costa Rica – permitem uma *argumentação jurídica* na qual é revelada a *norma* que nos legitima a formular o conceito republicano de *ação*, acima lançado.

Postas as coisas dessa forma, soa lógico que todo o fenômeno processual se inicia a partir do exercício desta parcela da *liberdade* que a Constituição nos permite, e que é representada pela *ação* através da qual será iniciado/formado o *processo* para que a *jurisdição* possa atuar na esfera jurídica dos jurisdicionados.

PROCESSO

Como deve ser estruturado o conceito de *processo* no ambiente constitucional *republicano* e democrático?

Evidentemente que aqui será descartada toda e qualquer concepção *instrumentalista* que vê no processo o *meio* (=instrumento) para o atingimento dos *fins* (=escopos) do Estado. As ideias decorrentes deste tipo de postura revelam forte carga *autoritária-dirigista*, muito própria de Estados-ativos¹⁶⁵, nos quais os respectivos agentes políticos se creem ungidos para *ditar* os designios do indivíduo e da sociedade civil, naturalmente enfraquecendo a *liberdade* eventualmente estabelecida pela ordem jurídica. Em suma: é uma postura dogmática que sugere que o *processo* deve estar a serviço de um “Estado forte”, o que se afasta da moldura política que forma uma *República* constitucional. Por tal

¹⁶⁵ MIRJAN R. DAMASKA: “No es necesario decir que la autonomía individual está lejos de ser sacrosanta. Para un Estado activista, los individuos no necesitan ni siquiera ser jueces fiables de su mejor interés; su percepción, conformada por una práctica social defectuosa, puede ser errada e incorrecta. Desde luego, mientras más se adaptan los ciudadanos a la imagen nacida de las teorías del Estado, más fácil será que el Estado permita una mayor definición individual: los deseos de los ciudadanos son cada vez más lo que el Estado quiere que deseen.”. Cf. em *Las caras de la justicia y el poder del Estado – Análisis comparado del proceso legal (Título original em inglês The Faces of Justices and State Authority: A comparative approach to the legal process)*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 142.

motivo – repita-se – aqui se descarta qualquer concepção *instrumentalista*.

O *processo* é uma atividade (=ou *método*) regida pelo contraditório e pela ampla defesa, iniciado pela *ação* e voltado a *garantir*, no seu curso (=tutela de urgência) ou ao final (=tutela definitiva), o exercício *republicano* e democrático da *jurisdição*. Antes de tudo, portanto, o *processo* é uma GARANTIA que nos é dada pela Constituição para que suas regras sejam observadas *antes* de o Estado exercer o seu poder sobre a esfera jurídica de liberdade do indivíduo e da sociedade, liberdade esta, aliás, garantida pela própria Constituição. É o desencadeamento racional e jurídico do *processo*, portanto, que legitimará o exercício do poder *republicano* representado pela *jurisdição*.

São da Constituição da *República* brasileira (art. 1º, *caput*) as seguintes *garantias* fundamentais: i) que são invioláveis, dentre outros, “o direito à liberdade e à igualdade” (CRBra, art. 5º, *caput*); ii) que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CRBra, art. 5º, LIV); iii) que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa” (CRBra, art. 5º, LV).

A partir da combinação hermenêutica destes *enunciados prescritivos* contidos, por exemplo, no Pacto de São José e na Constituição brasileira – mas, repito: outras Constituições preveem coisas no mesmo sentido –, chega-se à *norma jurídica* que viabiliza o (re)dimensionamento do conceito de *processo* que, essencialmente, é uma *garantia* constitucional para legitimar o exercício do poder (=jurisdição).

Em miúdos: o *processo* é uma *garantia* para que a *liberdade* decorrente do exercício da *ação* viabilize a atuação legítima do *poder republicano* representado pela *jurisdição*.

JURISDIÇÃO

Por fim, qual é a dimensão do poder *jurisdicional* no ambiente constitucional *republicano* e democrático em que vivemos em nossos países? Uma primeira resposta se impõe: por se tratar de um poder *republicano*, sua dimensão jamais será ilimitada, seja quanto às *soluções* (=decisões), seja quanto aos *procedimentos* para se chegar aos resultados que lhe são próprios.

Descarta-se aqui, em definitivo, o dogma de que a *jurisdição* é o núcleo irradiador e/ou justificador do fenômeno processual, o mais importante e preponderante dos Institutos Fundamentais trabalhados pela Teoria Geral do

Processo, tal como constou na *exposição de motivos* do CPC italiano de 1940, conforme lembrado por Calamandrei e neste ensaio já referenciado. Essa *jurisdição*, que as posturas *instrumentalistas* concebem como um poder “redentor” nas mãos de um juiz “oráculo”, predestinado a “justiçar” o caso concreto com base no próprio senso de justiça, certamente é algo próprio de conjecturas metafísicas que insistem, de maneira idiossincrática e escolástica, em fazer supor que o Direito só existe se subserviente for à Moral. De resto, este tipo de postura integra o conteúdo “romântico” do discurso *neo-constitucional-neoprocessual* de que a vida em sociedade deve ser conduzida *ativamente* pelo senso de justiça de um Judiciário *solipsista*, o que revela uma forma autoritária e antirrepublicana de conceber a *jurisdição*, o que digo com todo o respeito àqueles que assim o pensam, mas é preciso que se o diga.

A *jurisdição* é a função *técnica* concedida preponderantemente¹⁶⁶ ao Poder Judiciário para *decidir*, com base em supostos jurídicos, e de maneira *definitiva, imparcial e independente* da

¹⁶⁶ Digo “preponderantemente” porque há situações, ainda que raras, em que a Constituição confere *jurisdição* a outro Poder republicano, conferindo-lhe a possibilidade de *decidir* *jurisdicionalmente*. É o que ocorre, por exemplo, no caso de *impeachment* do Presidente da República, que será julgado pelo Senado Federal (CRBra, art. 52, I).

intromissão de qualquer função política, as questões que lhe se são submetidas através do processo iniciado pelo exercício da ação.

Na *República* não há espaço – ou não deveria haver – para que a *jurisdição* seja considerada como o instituto fundamental de maior preponderância dogmática da teoria geral do processo. *Jurisdição* é poder, poder *republicano*, cujo exercício não pode se dar de forma arbitrária. A *jurisdição* é demasiadamente importante, não se nega isso. Sem ela de nada adiantariam a *ação* e o *processo*. Mas no ambiente *republicano* e democrático, onde constitucionalmente o poder emana do povo (CRBra, art. 1º, par. ún.), é para ser natural que a realidade *semântica* e *pragmática* do exercício da *jurisdição* seja efetivada sem a interferência de outros argumentos que não os *jurídicos*, é dizer, da *ordem jurídica* na qual está sendo operada a *jurisdição*.

São da Constituição da *República* brasileira (art. 1º, *caput*), que estabelece a *independência harmônica* dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, as seguintes *garantias* fundamentais: i) que são invioláveis, dentre outros, “o direito à liberdade e à igualdade” (CRBra, art. 5º, *caput*); ii) que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CRBra, art. 5º, LIV); iii) que “aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa” (CRBra, art. 5º, LV); iv) que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (CRBra, art. 5º, XXXVII); v) que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (CRBra, art. 93, IX); vi) que é vedado ao juiz “dedicar-se à atividade político-partidária” (CRBra, art. 95, par. ún., III).

O conceito acima proposto para *jurisdição* é coerente com os *enunciados prescritivos* contidos na Constituição. Os dispositivos acima mencionados, sem prejuízo de outros que certamente me escapam neste instante, afastam a preponderância que tradicionalmente a dogmática processual empresta ao conceito de *jurisdição*.

Se vivemos em uma *República*, é natural, e não pode nos surpreender, o fato de que o exercício legítimo da função jurisdicional – posto que *técnica* – passa longe das *escolhas* sobre as quais o arbítrio humano se pauta para a tomada das próprias decisões. E uma das grandes finalidades políticas da *República* é exatamente conter/diminuir o arbítrio. Os atributos *republicanos* são determinantes para o dimensionamento do poder, inclusive e especificamente o *jurisdicional*, que por definição não expressa nenhuma *função política*. Nestas – funções políti-

cas –, as escolhas se legitimam na *representatividade*. Já aquela – função jurisdicional – se legitima com a observância das regras preestabelecidas para o seu funcionamento, não sendo permitida qualquer postura *idiosincrática* ou *solipsista* por parte de quem a exerce. Mas toda a vez que isso acontece descamba-se para a – antirrepublicana – arbitrariedade.

CONCLUSÃO

Foram várias as razões que levaram a dogmática processual a se desenvolver sobre bases autoritárias. Este ensaio procurou demonstrar que a ordem e o conteúdo da exposição que tradicionalmente a teoria geral do processo dá aos Institutos Fundamentais foi uma delas. É inegável, e soa até intuitivo, que apresentar as categorias fundamentais em torno do eixo sistemático *jurisdição-ação-processo* revela a opção estratégica de aceitar que o “poder” teria maior preponderância na dinâmica do Processo. Por isso a *jurisdição* apareceu como o polo metodológico de maior relevância. Mostrou-se também que a etiologia deste enfoque (=jurisdição-ação-processo) deveu-se à sistematização dada por Calamandrei a partir de ideias lançadas por Chiovenda em sua exposição de 1903 na Universidade de Bolonha, que tanto

influenciou os estudos posteriores sobre a teoria geral do processo.

Pretendeu-se chamar a atenção para o fato de que os Institutos Fundamentais do direito processual podem – e devem! – ser pensados em perspectiva *republicana* e, claro, democrática. Até porque nossas Constituições estabelecem uma ordem jurídica de arquétipo republicano. A *visão tradicional* de exposição do tema, com todo o respeito, não guarda compatibilidade com os valores constitucionais republicanos, já que enaltece demasiadamente o *poder* (=jurisdição) em detrimento da *liberdade* (=ação) e da respectiva *garantia* (=processo) que lhe é correlata.

O objetivo deste ensaio é colaborar para que a conceituação e o desenvolvimento das categorias fundamentais do direito processual possam ser redimensionados. Não necessariamente nos exatos termos aqui propostos, que em essência revelam a *minha* forma de encarar o fenômeno decorrente deste eixo fundamental formado pelo trinômio *ação-processo-jurisdição*, que tanta importância tem para o processualista, para a teoria geral do processo e para a sociedade *republicanamente* organizada. Somos livres para pensar e assim devemos fazer!

Espero que as reflexões aqui trazidas possam servir, ao menos, de provocação e fomento a outras reflexões que cada um de nós

pode – e deve – realizar em prol da melhora da ciência do processo, que precisa ser (re)equacionada a partir da realidade atual da ordem jurídico-política estabelecida pelas nossas Constituições. Essa atual realidade das coisas nos impõe a missão de manejar uma teoria geral do processo na qual a *ação* seja a projeção da *liberdade*, o *processo* seja a concretização da *garantia* e a *jurisdição* seja a manifestação do *poder* racionalizado pelo princípio republicano.

Minha esperança é que estas ideias possam repercutir. Ideias singelas – reconheço –, mas sinceras, e pautadas na racionalidade que a observação do fenômeno processual permite a qualquer um de nós vislumbrar.

**CRÍTICA MACROSCÓPICA AO FETICHE
DA CELERIDADE PROCESSUAL.
PERSPECTIVA DO CPC DE HOJE E NO
DE AMANHÃ¹⁶⁷**

Glauco Gumerato Ramos¹⁶⁸

*Se quiser que os outros pensem que
você é muito inteligente, simples-
mente concorde com eles.*

Resumo: Texto crítico das posturas, doutrinárias e jurisprudenciais, que a todo custo pretendem alçar a celeridade processual como “princípio” do processo jurisdicional.

Palavras-chave: Processo jurisdicional – Razoável duração – Celeridade processual – Distinção.

Resumen: Texto crítico de las posturas, doctrinales y jurisprudenciales, que intentan poner la celeridad procesal en el rango de los “principios” del proceso judicial.

¹⁶⁷ Artigo originalmente publicado na Revista de Processo (RePro), 239/421, jan/2015.

¹⁶⁸ Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Ibero-americano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Presidente para o Brasil do IPDP. Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta (FADIPA). Advogado.

Palabras-clave: Proceso judicial – Razonable duración – Celeridad procesal – Distinciones.

ADVERTÊNCIA INICIAL

Confesso! Confesso que não vejo no Projeto do CPC nada de novo, um eventual “novo” paradigma refundante do ambiente em que repousa a *processualcivilística* brasileira. E aqui a minha confissão é *espontânea*, como toda e qualquer confissão deveria ser. Só desta forma é que se pode identificá-la com o clássico bordão pragmático que a converte na *probatio probatissima*. Aliás, falar em confissão *espontânea* é uma ululante redundância, ainda que não nos atentemos ao fato e sigamos a *concordar* com o “discurso oficial” sobre este e outros tantos temas sensíveis que merecem ser repensados por nós. Não raro, uma obnubilada estratégia de “inteligência” nos leve a concordar com o respectivo discurso, que se bem analisado legitimasse, *sic et simpliciter*, em decantado *argumento de autoridade*.

Como meio de prova, a confissão veio ao processo jurisdicional por influência do direito canônico e por isso mesmo somente a *espontânea* é que poderia ser tida como válida, já que advém do respectivo sacramento religioso¹⁶⁹ – o

¹⁶⁹ Neste sentido, cf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Prueba judicial – Reflexiones críticas sobre la confir-*

sacramento da confissão –, que decorre do exame de consciência daquele que através da confissão busca se redimir pela *penitência*¹⁷⁰. Portanto, quem confessa o faz porque quer confessar, além de também querer se submeter às respectivas consequências. Por isso só pode ser um ato subjetivo *voluntário*.

Marcado por forte viés *inquisitivo*, sob o aspecto ético o processo medieval acabou por deslegitimar a confissão como meio de prova. Admitia-se que fosse extraída mediante *interrogatório*, notadamente sob tortura, onde a *voluntariedade* do ato cai por terra. A partir de então a “competente” dogmática processual bipartiu a etiologia da confissão, passou ela a ser espontânea e *provocada*...

A “eficiência” da confissão *provocada* atravessou o tempo e continua a ser utilizada como meio de prova, obtida através daquilo que chamamos de *depoimento pessoal*. Isso não é algo exclusivo do Brasil. De maneira geral funciona da mesma forma no direito processual iberoamericano como um todo. Basta que se compul-se qualquer manual que aborde o direito probatório, aqui e acolá.

Fico com o tema da confissão apenas para fincar-me num único exemplo – mas outros tantos poderiam ser evocados – de que o Projeto

mación processual, Rosario: Ed. Juris, 2007, pp. 78-84.

¹⁷⁰ CCanônico, Cân. 959 e ss.

do CPC, nosso CPC de amanhã, segue prevendo o *mais do mesmo*, um verdadeiro *museu de grandes novidades* no que diz respeito à *inquisitividade* da qual o nosso processo jurisdicional, lamentavelmente, não consegue se desvincular, apesar de estruturado no marco constitucional *republicano e democrático*.

A redação do Projeto do CPC provinda da Câmara dos Deputados que tenho em mãos, do final de mês de março de 2014, segue prevendo o *depoimento pessoal* como meio de prova voltado a obter *confissão* mediante *interrogatório*, inclusive com a possibilidade de o juiz “ordená-lo” de ofício (ProjCPC, art. 392, *caput* c/c 397). Algo, portanto, rigorosamente contrário à *dispositividade* (=liberdade) que unanimemente se aceita como um dos regramentos determinantes do processo civil. E se há *dispositividade* deveria ser natural, também no processo civil, o princípio pragmático que dita que *ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo*¹⁷¹. Por-

¹⁷¹ Quanto ao ponto, devo dizer que me causou grande estranheza o Enunciado 51 (art. 385; art. 386) aprovado, ao que consta por unanimidade, no III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), realizado na OAB/RJ nos dias 25, 26, e 27 de abril de 2014. Eis a sua redação: “A compatibilização do disposto nestes dispositivos c/c o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal.” (o sublinhado é de agora). Ou seja, a interpretação que processualistas cíveis deram aos arts. 385-386 do Projeto do CPC, onde ali está escrito com todas as letras que está PRESERVADO o direito da parte de “não produzir

tanto, prestar *depoimento pessoal* e/ou *confessar* DEVE ser compreendido como direito, e não como um ônus gerador de consequências contrárias ao próprio interesse.

Lamentavelmente não é isso o que consta do Projeto do CPC, que no § 1º do art. 392 textualmente prevê que se a parte for pessoalmente intimada a depor sob pena de confesso, se não comparecer ou se comparecer se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a respectiva pena. Ou seja, cria-se a presunção legal de que a parte *confessou*, e aqui temos um *tertium genus* ao lado das confissões *espontânea* e *provocada*: a confissão *presumida* (=ficta). A propósito, essa lógica perversa e esquizofrênica é a que está prevista no código vigente (CPC, art. 343, § 1º).

Quanto ao assunto, seguiu-se o mesmo trilho *inquisitivo-autoritário* que permeia a dinâmica do depoimento pessoal voltado à confissão *provocada* desde há muito, o que de resto é mais um dos vários aspectos que revela a base autoritária do processo civil a que estamos e seguiremos submetidos.¹⁷²

prova contra si própria (art. 386, caput)”, é rigorosamente incompatível com o próprio Projeto e, o que é pior, com a própria garantia constitucional correlata (CR, art. 5º, LXIII). A vingar no plano pragmático a desastrosa dimensão semântica contida neste Enunciado 51, tornar-se-á obrigatório que a parte produza prova contra si própria no processo civil.

¹⁷² JUAN MONTERO AROCA: “El intento de organizar el proceso civil de modo diferente a base de ir imponiendo deberes a las partes, deberes cuyo incumplimiento se sanciona normalmente con la im-

Mas reconheça-se que também, desde há muito, “humanizou-se” a confissão pela supressão da tortura como meio “incentivador” de sua obtenção *provocada*, o que provavelmente é fruto da *retroação* do onipresente princípio da dignidade da pessoa humana sobre o processo civil de antanho, cujas bases de funcionamento tanto influenciaram a dogmática reinante no presente.

A HIPÓTESE DE TRABALHO

Aqui seguirá uma reflexão sobre a temática da *celeridade processual*, respectivas *técnicas de aceleração* dispostas no processo civil e sua real compatibilidade com as GARANTIAS processuais previstas na Constituição pelo modelo *semântico-republicano-democrático* de processo jurisdicional. Sob a influência direta de ANDOLINA/VIGNERA (=Il modelo costituzionale de processo civil italiano, 1990), a doutrina brasileira fala e escreve muito sobre “modelo constitucional de processo” ou sobre “modelo constitucional de processo *civil*” (=como se o processo jurisdicional uma coisa só não fosse), mas parece-me que se descuida de discuti-lo sob

sición de una multa, es algo típico de los ordenamientos jurídicos de base autoritaria, aunque está siendo aceptado sin el menor atisbo crítico en países que se proclaman libres.”. Cf. em La prueba en el proceso civil, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012, 7ª ed., p. 118.

uma de suas mais contundentes realidades que é – queiramos ou não – o ambiente *republicano* em que estão organizados os *enunciados prescritivos* da linguagem constitucional.

Aceitar que o nosso *modelo constitucional de processo* estabelece um processo jurisdicional epistemologicamente *republicano* implica a responsabilidade de todos nós de criá-lo, pensá-lo e concretizá-lo na perspectiva de quem “pede e em face de quem se pede a jurisdição” (=parte), e não daquele que “a ministra” (=Estado-juiz)¹⁷³. E mais: se *republicano*, o processo deve ser organizado em esquemas lógicos representativos do arquétipo (=sistema/modelo) *acusatório*.

Eis aí a minha hipótese de trabalho: pensar a *celeridade processual* na perspectiva do proces-

so jurisdicional republicano¹⁷⁴ e democrático projetado desde a Constituição.

POR QUE CRÍTICA *MACROSCÓPICA*?

Ainda que bem intencionado, o discurso poroso em torno da *celeridade processual* é recorrente e faz parte do *senso comum* dos processualistas da atualidade. Querem os processualistas, a todo custo, que o processo seja *célere*, justificando a tomada desta posição, em linhas gerais, no fato de que isso seria um “desejo da sociedade”. Fala-se tanto na *celeridade processual* – irmã siamesa da *efetividade-instrumentalidade* do processo – que muitos, na toada *modista-principiológica* reverberada por parte da doutrina, vislumbram-na como verdadeiro “princípio” (=da celeridade), agora revelado-pontencializado pelo disposto no inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Vale lembrar que o inc. LXXVIII sofreu inspiração direta do art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica¹⁷⁵ no que diz respeito à *razoável*

¹⁷³ FRANCO CIPRIANI: “...desde el momento que entró en vigencia la Constitución republicana, es doblemente absurdo que se insista en reforzar al juez y en debilitar a las partes, en cuanto nuestra Constitución quiere un proceso civil construido desde el punto de vista de quien pide justicia y no ciertamente desde aquél de quién debe rendirla”. Cf. “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, em *Batallas por la Justicia Civil – Ensayos (compilación y traducción EUGENIA ARIANO DEHO)*, Lima: Cultural Cuzco, 2003, pp. 157-158. Cf. tb, em *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos (coordinador JUAN MONTERO AROCA)*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2006, p. 53. Esclareça-se que o texto de CIPRIANI aqui referenciado foi escrito como prefácio à edição italiana do livro de MONTERO AROCA *I principi politici del nuovo processo civil spagnolo (tradução italiana de Bratelli-Magrino)*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 5.

¹⁷⁴ GERALDO ATALIBA: “A república é a instituição publicística central do nosso direito”. Cf. em *República e Constituição*, São Paulo: Ed. Malheiros, 3ª edição (atualizada por Rosolea Miranda Folgosi), 2011, p. 20.

¹⁷⁵ Pacto de SJCR, art. 8º (Garantias judiciais) 1 – “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e im-

duração do processo, mas inovou quando previu que também são assegurados a todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Creio que isso tenha sido gerado pelo *fetichismo* da celeridade processual, de que falarei mais abaixo.

Fixemos o dado: a garantia estabelecida pelo direito internacional dos tratados é de um processo que tramite dentro de um PRAZO RAZOÁVEL. O Pacto de São José não se refere à *celeridade processual*. “Razoável duração do processo” e *celeridade processual* são ideias que encerram projeções cronológicas rigorosamente distintas.

A lógica da *celeridade processual* representa um problema de *superestrutura do processo* (=estrutura jurídica + ideologia). Se bem pensadas as coisas, o discurso em torno da *celeridade* revela que a preocupação em concretizá-la é do Estado-Judiciário, que bem ou mal, respeitando ou não as garantias constitucionais, o devido processo legal, enfim, o próprio modelo republicano *no qual e para o qual* é exercida a *jurisdição*, pretende solucionar com a maior rapidez possível as demandas que lhe são submetidas pelos jurisdicionados. Para essa heroica missão, a celeridade processual surge de *capa e espada*

parcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações

no interior do discurso – tão melancólico, quanto inocente – de que ela seria uma espécie de panaceia a colaborar com a “tão almejada” *efetividade* do processo. Esta, a *efetividade do processo*, tal qual a *celeridade processual*, funcionam diante de nós como sintagmas discursivos capazes de, em passe de mágica, resolver, se não todos, vários dos problemas que vivenciamos no dia a dia de nossas funções diante do Poder Judiciário.

Uma das técnicas de aceleração do processo viabilizadas pela ideologia da *celeridade processual* é a tutela antecipada. Sua operacionalização *pragmática*, viabilizada por regras infraconstitucionais, torna roto o modelo *semântico-republicano-democrático* do processo jurisdicional.

Sendo o processo, como um todo, o ambiente para o exercício republicano e democrático do Poder Estatal, e o processo jurisdicional, em específico, o ambiente também republicano e democrático para o exercício da jurisdição, devia ser natural à nossa consciência jurídico-processual o fato de que a tutela antecipada somente poderia ser concedida após a efetivação da GARANTIA do contraditório, e isso – desculpem-me os de ímpeto *ativista* – não precisaria estar escrito em qualquer lei processual, posto que *garantia* constitucional. Mas não é isso o

de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer

que ocorre. Todos os dias os juizes brasileiros deferem tutelas antecipadas sem conferir à parte contrária a possibilidade de concretização do contraditório previamente ao ato de Poder consistente na tutela jurisdicional que antecipou. Ou seja: o destinatário do ato de Poder tem contra si um ato jurisdicional sem a efetivação de *garantias* constitucionais que configuram a razão de ser do processo. A concretização do contraditório e da ampla defesa é o que dá corpo ao *devido processo* (=garantia) através do qual se legitimará o ato *jurisdicional* (=poder).

Mas não é só. Após o deferimento da tutela antecipada, muitas vezes em caráter *inaudita altera parte* – portanto, sem o contraditório –, o mesmo juiz pessoa física segue absoluto na gestão do processo, deferindo/colhendo provas e remando a nau rumo ao momento ápice do procedimento que é a prolação da sentença. Toda vez que o mesmo juiz pessoa física reina absoluto em todas as etapas do procedimento voltado à prolação da sentença, outra regra determinante do esquema lógico do processo é amesquinhada: a *imparcialidade*. Parece que não nos damos conta de que a *imparcialidade* também é uma *garantia* lógico-constitucional-republicana que forja o *modelo de processo* e que determina a correlata conduta do órgão jurisdicional. E tudo isso mesmo estando escrito com todas as letras

outra natureza.”

no art. 134, III, do CPC, que será impedido de exercer suas funções no processo o juiz que dele “*conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão*”. Daí me será dito por colegas processualistas: *mas as hipóteses de impedimento são taxativas, e o art. 134 não prevê que o juiz que concede a tutela de urgência não poderá seguir atuando no mesmo processo até a sentença! Além do mais – seguirão eles – sempre foi assim no processo civil brasileiro, onde mesmo nos casos de concessão liminar da tutela cautelar o mesmo juiz pessoa física é quem continuava a tocar o processo rumo à sentença. Soma-se a isso – e daí finalizarão em golpe de misericórdia – o fato de que deve ser assim mesmo em nome da celeridade processual e da efetividade do processo.*

Aqui temos outro descompasso entre o *modelo* e o *praticado*, além de um equívoco dobrado. Erra-se porque não se concretiza a imparcialidade, que é *garantia* constitucional; erra-se, ainda, porque não se respeita a regra legal existente para afastar o juiz impedido (=presumivelmente *parcial*) da gestão do processo. Ainda que se aferre a compreensão sobre o tema no *standard* dogmático que associa as hipóteses de impedimento à taxatividade, o fato é que o juiz que concedeu a tutela antecipada pode (=deve!) se dar por *suspeito* por “motivo íntimo” (CPC, art. 135, par. ún.), até porque o

juiz deve garantir a concreção da *garantia* constitucional que lhe impõe *imparcialidade*. O juízo prévio externado quando do deferimento da tutela antecipada, ainda que em cognição sumária, invariavelmente afeta a *imparcialidade* da respectiva pessoa física. Os motivos para isso são vários, e sobre o tema é conveniente um diálogo franco entre *psicólogos* e *processualistas*, como já se demonstrou com refinada percussão¹⁷⁶. Em exercício de simplificação, pode-se dizer que “o juiz da urgência não pode ser o mesmo juiz da sentença”, e aí teríamos a síntese da obviedade do raciocínio exposto, que de resto procura se orientar pelas *garantias* previstas num *modelo de processo* que é *republicano* por imperativo constitucional.

A *celeridade processual*, ou a sua utilização como mote para justificar a qualquer custo a propagada *efetividade* do processo, não resiste quando posta à prova diante do modelo de processo que temos plasmado em nossa Constituição.

Portanto, observando o funcionamento do sistema a partir de parâmetros *republicanos* e de

¹⁷⁶ Cf., do atual Presidente do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP), o processualista chileno BOTTO OAKLEY, Hugo, “O pressuposto do processo denominado *imparcialidade*: requisito apenas jurídico ou também psicológico?” (tradução de Glauco Gumerato Ramos), em *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*, coords. DIDIER JR., Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e

mocráticos, chega-se à conclusão de que a *celeridade processual* acaba rompendo com *garantias* processuais de status constitucional. Com isso, deslegitima-se o processo jurisdicional desenhado na Constituição, cuja razão de ser é viabilizar que a jurisdição seja exercida de forma *republicana* e *democrática*.

Eis aí a crítica *macroscópica*! Observa-se o funcionamento do sistema e vê-se que a *celeridade processual* é uma ferramenta ideológico-discursiva a serviço da resolução do problema do Estado-Judiciário. E toda vez que os operadores de um Estado-ativo¹⁷⁷, notadamente os agentes do Poder Judiciário, lançam mão da respectiva ferramenta, subjugam-se os *esquemas lógicos* de um processo de corte *republicano-garantista* que a ordem constitucional nos concedeu, mas que nossos vícios autoritários no pensar/atuar o fenômeno processual nos impe-

LEVY, Wilson. Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 303-312.

¹⁷⁷ MIRJAN R. DAMASKA: “No es necesario decir que la autonomía individual está lejos de ser sacrosanta. Para un Estado activista, los individuos no necesitan ni siquiera ser jueces fiables de su mejor interés; su percepción, conformada por una práctica social defectuosa, puede ser errada e incorrecta. Desde luego, mientras más se adaptan los ciudadanos a la imagen nacida de las teorías del Estado, más fácil será que el Estado permita una mayor definición individual: los deseos de los ciudadanos son cada vez más lo que el Estado quiere que deseen.”. Cf. em *Las caras de la justicia y el poder del Estado – Análisis comparado del proceso legal (Título original em inglês The Faces of Justices and State Authority: A comparative approach to the legal process)*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 142.

dem de concretizar. Tudo isso, o que talvez seja ainda pior, apoiado numa dogmática ensimesmada na pueril e subserviente esperança de que o *solipsismo judicial* (LÊNIO STRECK) corrija todas as distorções que a vida em sociedade possa criar.

POR QUE *FETICHE* DA CELERIDADE PROCESSUAL?

Além de *slogan*, a *celeridade processual* ganhou entre nós ares de *fetiche*, cuja plasticidade do *senso comum* do jurista que sobre ela discorre acabou por torná-la *ferramenta perfurocortante* em favor do exercente da *jurisdição*. A partir dela, ou justificada nela, opera-se amputações no arco procedimental que deslegitimam, em perspectiva republicana, a *arte do proceder* que conduz o órgão jurisdicional – singular ou colegiado – ao momento mais relevante de sua atuação, que é representado pela *arte de julgar*. No ambiente republicano, a *arte do proceder* e do *julgar* jamais poderá ser exercida ao talante do exercente da *jurisdição* (=poder). Não é por outra razão que o *processo* (=garantia) recebe influxos de certas condicionantes-determinantes de nível constitucional que devem ser observadas para que o poder jurisdicional seja exercido – como já dito – de forma legítima, republicana e democrática. Do contrário, será poder estatal

exercido com subjetivismo, com arbítrio, enfim, com *solipsismo*.

A doutrina, por vezes, ainda que de forma dissimulada, é permeada de filigranas que denunciam a mirada ideológica do respectivo discurso. Isso é desaconselhável, penso eu, já que certos fundamentos que não aqueles extraídos do sistema jurídico cognoscível podem tornar o discurso falível, e por isso mesmo difícil de se sustentar. Seja como for, ainda assim é algo aceitável como fruto da *liberdade individual* que é própria do ato de pensar.

Mas a situação toma outro rumo quando a ideologia se apresenta permeada no discurso judicial, nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sejam ou não dissimuladas em seu conteúdo.

Como poder republicano, o Judiciário e seus agentes têm a missão constitucional de *proceder* e *decidir* de maneira que suas resoluções terão a marca de imutabilidade (=coisa julgada), o que não ocorre com os outros poderes da República. O Executivo pode rever seus atos com base no clássico binômio *conveniência-oportunidade*, e caso não os mude, ainda assim o tema poderá ser levado à apreciação do Judiciário. O Legislativo, por sua vez, também tem a prerrogativa constitucional de ab-rogar ou derogar seus atos de poder (=Lei), e caso não o faça, e diante de eventual incompatibilidade

formal ou material com a Constituição, o tema também poderá ser levado ao Judiciário para apreciação através do controle concentrado de constitucionalidade. O mesmo não ocorre com o Poder Judiciário! Salvo nas hipóteses estreitas e taxativas em que o sistema processual permite o desfazimento-esvaziamento da coisa julgada (=ação rescisória, ação de revisão criminal, ação anulatória, eventual *querela nullitatis*), as soluções dadas pelo Judiciário através da *jurisdição* tornam-se imutáveis, de modo que a sua responsabilidade e compromisso republicano avultam.

Nessa perspectiva a *celeridade processual* não deveria ser tão cultuada, tal qual *fetichê*, onde muitas vezes dá o tônus de certas tomadas de posição pela jurisprudência. Nossa preocupação deveria estar concentrada na razoável duração do processo, e não na *celeridade-aceleração-finalização* de um problema trazido à solução do Judiciário pelo jurisdicionado, ainda mais quando essa pressa em exterminar mais um caso não é diretamente proporcional à qualidade do remédio – ou do veneno – ministrado para acabar com o problema.

Vejamos uma situação onde o discurso judicial se apoia na *celeridade processual* para justificar o “fim” de um problema. Além ter sido ceifado o trâmite do procedimento recursal, no caso concreto o recorrente foi penalizado por ter se valido da ampla defesa constitucionalmente

GARANTIDA e ter lançado mão de um expediente recursal. A respectiva Ementa fala por si:

STJ – 4ª T. – EDcl no AREsp 280109/MG – Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO – v.u. – j. 15/05/2014 – DJe 21/05/2014 – EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 216/STJ. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE BIFÁCIO. STJ NÃO VINCULADO.

*1. Em homenagem aos princípios da economia processual, da **celeridade processual** e da fungibilidade recursal, os embargos de declaração foram recebidos como agravo regimental.*

2. O juízo de admissibilidade do recurso especial é bifásico. A decisão proferida pelo Tribunal de origem não vincula o Superior Tribunal de Justiça na aferição dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Isso porque compete a esta Corte, órgão destinatário do recurso especial, o juízo definitivo de admissibilidade. Precedentes.

3. “A tempestividade do recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio” (Súmula 216/STJ).

4. O recurso mostra-se manifestamente infundado, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a

que se nega provimento, com aplicação de multa.

Em suma: rigorosamente contra o exercício das *garantias* constitucionais da ampla defesa e recursos inerentes (CR, art. 5º, LV), o discurso judicial valeu-se daquilo que chama de “princípio” da *celeridade processual* para subverter o trâmite dos embargos de declaração, recebendo-os como “agravo regimental” (=Agravo Interno) e aplicando ao recorrente a multa sancionatória prevista para esta específica modalidade de Agravo (CPC, art. 557, § 2º).

A propósito, um giro no repertório de jurisprudência no *site* do STJ revelará que este tribunal superior vale-se da *celeridade processual* para, com frequência, receber embargos de declaração como “agravo regimental” (=Agravo Interno), e isso em todas as suas respectivas Turmas, sendo raras – raríssimas! – as hipóteses em que tal prática acontece para, ao final, dar-se provimento ao “agravo regimental”. Busque e verá!

Este é um exemplo do que pode ser chamado de *utilização conveniente* da propalada *celeridade processual* em perspectiva *ex parte principis* pelo discurso judicial. Quando isso ocorre, naturalmente que o esquema lógico no qual está circunscrito o *devido processo* cede lugar ao arbítrio que deforma a *arte do proceder*

e que rompe com os parâmetros republicanos que regem o processo jurisdicional.

FECHAMENTO

Creio que a *celeridade processual* não pode ser utilizada no discurso jurídico-processual – dogmático ou judicial – como motivo justificador para que o Estado Judiciário interrompa o *devido processo*. O processo jurisdicional que nos é outorgado pela Constituição é de recorte *republicano* e *democrático*, onde o processo é coisa de *parte* – de vocação *acusatória*, portanto – e ao Poder Judiciário cabe atuar dentro dos limites impostos pela própria Constituição.

Reconhece-se que o Judiciário brasileiro está com um passivo de causas em trâmite gigantesco e que isso, em última análise, afeta a qualidade de sua atuação e do produto dessa atuação.

Mais do que colaborar com a manutenção do *status quo*, ao Poder Judiciário cabe a missão de atuar para que os direitos das partes se concretizem, e isso, evidentemente, somente ocorrerá de forma legítima quando forem observadas todas as etapas do *devido processo* previstas no enredo das garantias constitucionais. Investidas autoritárias, tão ao gosto das soluções orientadas pela *celeridade processual* – e de outros dos tantos *slogans* em que se funda o senso comum

–, não podem subverter a garantia que nos é dada pelo processo jurisdicional de viés republicano e democrático.

Ainda que para isso seja necessário discordar daquilo que os outros pensam.

SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

Mauro ALVES DE ARAUJO¹⁷⁸

Resumo: O presente trabalho cuidará de um tema que se teve a oportunidade de escrever na dissertação de mestrado, nos idos de 1997, quando vigorava o CPC/1973, antes da minirreforma que adveio com a Lei nº 10.444/2002, fase essa importante e problemática de nosso processo civil, o "*Saneamento e Organização do Processo*". Importante por ser nesta fase processual que o Magistrado faz um exame mais acurado das condições da ação e dos pressupostos processuais, haja vista existir a possibilidade de ser extinto o processo sem que se faça necessário o conhecimento do mérito ou a produção de provas para esse fim. Mais, de soberba importância esta fase processual para, superadas as condições da ação e os pressupostos processuais, permitir ao Juiz o conhecimento do mérito, quando entender perfeitamente instruído o processo para tanto, ou para definir as provas necessárias para melhor instrução do feito, por conseguinte, o conhecimento do mérito com a procura da verdade real, fim precípua da mais lúdima Justiça.

INTRODUÇÃO

O presente estudo cuida de um tema de suma importância para o processo, por ser o divisor de águas entre as pretensões das partes,

¹⁷⁸ Professor e advogado. Bacharel em Direito pela FADIPA. Mestre e Doutor pela PUC/SP.

deduzidas em suas peças iniciais, e a prova a ser produzida antes da prestação jurisdicional concedida pelo Juiz, o "*Saneamento e Organização do Processo*".

Para uma melhor compreensão do presente estudo, mister se fez uma análise perfunctória do procedimento comum, até o saneamento e organização do processo, explorando, então, cada uma das suas fases.

Por ser o presente artigo uma adequação de parte da dissertação de Mestrado defendida pelo autor em 1997, mostra-se a evolução do saneamento do processo ao longo das legislações, bem como comparando com o mesmo instituto disciplinado no direito estrangeiro.

DO PROCEDIMENTO COMUM¹⁷⁹

CARACTERÍSTICAS

O direito de ação é essencial ao funcionamento da ordem jurídica, com o que se evita o retorno ao tempos em que a Justiça era feita pelas próprias mãos, sendo este direito subjetivo assegurado a todos os que pretendam ter a resolução de um caso controvertido, cuja solução

¹⁷⁹ *Demonstraremos o trâmite do processo de cognição de rito comum, por ser o mais utilizado na prática, mormente, por servir suas regras de fonte subsidiária aos demais procedimentos, procurando, entretanto, no decorrer do trabalho, citar, na medida do*

extraprocessual não foi possível pela intransigência das partes.

Assim, sempre que o direito material é ofendido, e as partes não se compõem amigavelmente, qualquer das partes se utiliza do processo para fazer valer o seu pretense direito objetivo.

É o procedimento de rito comum o mais utilizado para tanto, sempre que haja o mister de se declarar o direito, com a eventual condenação da parte ofensiva, ou para constituição de um direito.

Temos no procedimento comum a necessidade de uma estrutura geral, onde a tutela jurisdicional é prestada através da consecução de uma série de atos interligados, os quais imprescindem, primeiramente, de uma iniciativa da parte que se sentir prejudicada em relação à outra, provocando o Estado para que lhe seja conferida a providência jurisdicional reclamada (princípio da iniciativa da parte, artigo 2º do CPC vigente).

Posteriormente, há de se efetuar a citação do réu, quando se abre ao mesmo a oportunidade de defesa (princípio do contraditório, artigo 5º, LV, da CF; artigos 238/239 do CPC vigente), com a posterior realização das provas necessárias ao deslinde da causa e, finalmente, culminando com a decisão, que encerrará a ati-

possível, as diferenças entre este procedimento e os demais.

vidade jurisdicional em primeiro grau, dando ou não procedência à pretensão inaugural.

Este procedimento comum acaba se diferenciando dos demais procedimentos na celeridade dos atos processuais, no objeto da prestação jurisdicional pleiteada, eis que neste tipo de procedimento o que se busca é a declaração, condenação ou constituição¹⁸⁰, resultando na imutabilidade da parte dispositiva da sentença de mérito¹⁸¹, após o trânsito em julgado.

Dessa forma, se observa que o procedimento comum, por ser um processo de cognição plena, tem seus atos processuais, quando compatíveis, aplicáveis a outros procedimentos, máxime, os especiais.

TÉCNICAS DE ACELERAÇÃO DO PROCESSO

Embora o procedimento comum o seja pelo alcance de suas decisões e pelo objeto das mesmas, há de se reconhecer que este vem sendo o principal vilão do retardamento da presta-

¹⁸⁰ Enquanto no processo de execução a prestação jurisdicional é a satisfação de um direito reconhecido alhures; e, nos procedimentos especiais, embora possam muitas vezes seguir o rito comum, antes são providos de atos processuais inexistentes naquele.

¹⁸¹ Apenas a parte dispositiva da sentença de mérito é alcançada pela imutabilidade, coisa julgada material, pois, a coisa julgada formal pode ser rediscutida em outros autos, não sendo a mesma revestida de autoridade da coisa julgada, o que impede a alteração das qualidades da sentença e de seus efeitos.

ção jurisdicional, pelo fato de ser necessária uma maior dilação probatória para conhecimento perfeito da lide em questão, além do aumento da procura de Justiça por parte dos cidadãos, os quais vêm sendo mais bem informados sobre os seus direitos e a proteção que lhes é assegurada¹⁸², exigindo, por conseguinte, reformas constantes no processo civil brasileiro para melhor atender os interesses reclamados e de forma mais rápida¹⁸³.

Assim, a instrumentalidade do direito vem sofrendo profundas alterações ao longo da existência do Código de Processo Civil, conforme ensina o Professor Arruda Alvim¹⁸⁴.

Considera-se essa revolução do processo civil totalmente válida, mas dentre todas as alterações, a que se pode ter como mais efetiva na distribuição da Justiça é a antecipação de tutela, haja vista esse instituto jurídico inibir defesas

protelatórias e, máxime, forçando as partes a uma composição amigável.

É certo que estas alterações do processo civil brasileiro decorrem de uma busca incansável de novas técnicas de melhor instrumentalidade do direito, com a efetivação da justiça, a qual somente se opera quando conferida com brevidade.

E essas reformas foram influenciadas diretamente pelo Anteprojeto elaborado por uma Comissão Revisora do CPC, nomeada pelo Governo da República em 1985¹⁸⁵, com o que se procurou agilizar o processo, eliminando-lhe pontos de estrangulamento.

E com o advento do vigente Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), desde março de 2016 temos um Código de Ritos mais afinado com a distribuição da Justiça célere, que, dentre várias novidades processuais normatizadas, tem-se, para o presente estudo, a possibilidade de uma extinção parcial do processo, impugnável pelo recurso de agravo de instrumento (artigo 354, § único, c/c artigo 356, ambos do CPC vigente), com a possibilidade de o vitorioso buscar a satisfação da parte que lhe foi favorável na decisão parcial do mérito (artigo 356, §§ 2º a 4º, do CPC vigente).

¹⁸² *Isto em virtude da definição dos interesses difusos ou coletivos, que viabilizam que “interesses e direitos” possam ser defendidos, utilmente.*

¹⁸³ *A conflituosidade da sociedade contemporânea está exigindo uma idealização de outros meios de solução para vários conflitos, “tais como a intervenção de leigos, com vistas à obtenção incentivada de transação,... dentro dessa conflituosidade, identificam-se conflitos... que... não deverão deixar de existir... e, por isso mesmo, não comportam uma pretensão ‘solução definitiva’, própria do processo estatal, que os extinga... tais conflitos... merecem ou precisam ser conservadas, ainda que ajustadas” (Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, v. 1, RT, 5ª ed., São Paulo, 1996, pp. 56/57).*

¹⁸⁴ *Ob. cit., pp. 51/53.*

¹⁸⁵ *Comissão esta composta por ilustres Juristas, tais como Luís Antônio de Andrade (in memoriam), José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Junior e Sérgio Bermudes.*

Ainda, embora não seja correlacionada com o tema em estudo, uma importante inovação introduzida no Código de Processo Civil vigente, que se defendeu na dissertação de mestrado, em 1997, e que foi duramente criticada por um dos examinadores, refere-se à multa devida pela parte que faltar à audiência de tentativa de conciliação (artigo 334, § 8º, do CPC vigente).

A crítica feita por um dos examinadores não tinha qualquer fundamento, eis que a proposta feita por este autor, então mestrando, referia-se à necessidade de uma sanção àquele que não comparecesse à audiência designada, por ser um desrespeito ao Poder Judiciário. O novo Código de Processo Civil mostra que aquele examinador estava errado, pois é, sim, um ato atentatório à dignidade da Justiça.

DO SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

APRESENTAÇÃO

Após a devida angularização processual, com o direito de defesa assegurado ao réu, e se exercido esse direito, chegamos à fase processual em que a lide pode ser apreciada no seu contexto formal e, estando de acordo, posteriormente, no material, com a fixação dos pontos con-

trovertidos e as provas que lhe são necessárias para a solução do litígio, não antes de ser buscada a conciliação das partes.

Esta fase se encontra disciplinada no artigo 357 do Código de Processo Civil vigente, onde constam vários trâmites, quais sejam: a.) decisão das questões processuais pendentes; b.) fixação dos pontos controvertidos; c.) determinação das provas a serem produzidas; d.) definição do ônus da prova; e.) definição das questões de direito relevantes para o deslinde da causa; e f.) designação de audiência de instrução e julgamento.

Daí porque estuda-se esta fase processual na forma de tópicos distintos, findando com o alcance da mesma, e comparando, quando possível, com o direito estrangeiro, não sem antes, entretanto, analisarmos as características, objetivo e efeitos do saneamento.

CARACTERÍSTICAS

Esta fase processual é a que permite ao Magistrado, explicitamente, dar o feito em ordem, declarando afastado todo e qualquer vício ou irregularidade que possa comprometer o conhecimento do mérito da questão colocada em debate no processo.

Segundo a orientação doutrinária e jurisprudencial, sua aplicação ocorre quando o

processo não pode ser extinto, nos termos do artigo 354 do CPC vigente, ou julgado antecipadamente, artigo 355 do mesmo Diploma Legal, com o que não concordamos.

Com efeito, o saneamento do processo ocorre, também, quando de sua extinção prematura, pois, para chegar ao fim do processo, o Magistrado terá verificado, previamente, a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, para concluir pela sua extinção.

O mesmo ocorrendo quando há o julgamento antecipado da lide, já que o Juiz, antes de proferir sua decisão de mérito, terá verificado, também previamente, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Assim, parece claro e cristalino que o processo, quando chegar nesta fase, já terá sofrido, ainda que perfunctoriamente, um juízo de admissibilidade e de validade.

Importante se lembrar que o saneamento que se discute é o previsto no artigo 357 do CPC vigente, que modificou substancialmente o antigo instituto, existente desde a promulgação do nosso Estatuto Processual de 1973.

Isso porque o nosso atual Código de Processo Civil busca mitigar o formalismo para que o objetivo principal do processo seja alcançado, qual seja, a prestação jurisdicional.

Daí a previsão legal de o Juiz ter que conceder “à parte oportunidade para, se possí-

vel, corrigir o vício”, “Antes de proferir decisão sem resolução de mérito” (artigo 317 do CPC vigente).

Não se podendo olvidar que, ainda que presente uma das hipóteses de extinção prematura do processo sem resolução do mérito, deve o Juiz, desde que possível, resolver o mérito, “sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485” (artigo 317 do CPC vigente).

Mas a inovação mais interessante, no aspecto de saneamento, introduzida ao nosso sistema processual pelo vigente CPC, é a necessidade de ser designada uma audiência de saneamento se “a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito”, “para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” (artigo 357, § 3º do CPC vigente). Devem as partes, nesse caso, se pretenderem a prova testemunhal, terem na audiência o rol de testemunhas, sob pena de preclusão (artigo 357, § 5º do CPC vigente).

A importância dessa audiência de saneamento é indiscutível, pois, com a participação das partes, o Juiz terá conhecimento dos argumentos destas para fixação dos pontos controvertidos e requerimento das provas a serem pro-

duzidas, podendo reformular a sua posição, ou melhor fundamentar a não aceitação dos requerimentos, o que facilitará o improvimento dos recursos eventualmente proferidos, quando não os inibir.

Essa nossa audiência de saneamento pode ser equiparada à "*Summons of directions*" do Direito inglês, onde se tem uma audiência prévia para exame e solução das questões preliminares, ou ao "*Pre-trial*" do Direito norte-americano, que tem o mesmo fim do instituto inglês¹⁸⁶.

O direito português também tem uma audiência antes do julgamento da ação¹⁸⁷, na qual o Juiz buscará, inicialmente, a conciliação¹⁸⁸, e não sendo esta frutífera, haverá a discussão do processo entre os advogados das partes e, posteriormente, o saneamento do processo, no qual poderá ser extinto o feito¹⁸⁹.

Entretanto, se o Juiz decidir por sanear o processo sem a designação de audiência para tanto, "*as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável*" (artigo 357, § 1º do CPC vigente).

OBJETIVO

¹⁸⁶ Rogério Lauria Tucci, *Do Julgamento Conforme o Estado do Processo*, 3ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1988, pp. 29/33.

¹⁸⁷ Artigo 508º do Código de Processo Civil.

¹⁸⁸ Artigo 509º, 1, do mesmo Diploma Legal.

¹⁸⁹ Artigo 510º do mesmo "Codex".

A principal finalidade do saneamento do processo, na forma em que se encontra redigido, é o Juiz expurgar do processo toda e qualquer nulidade ou irregularidade existente nos autos – v.g., falta de um dos pressupostos processuais ou das condições da ação – de forma a permitir o conhecimento do mérito da questão colocada em Juízo, já que a admissibilidade e validade do processo foram declaradas.

Na mesma decisão que der por saneado o processo, haverá a declaração dos pontos controvertidos, das questões de direito e das provas que serão produzidas para a solução da lide, bem como a distribuição do ônus da prova.

EFEITOS DO SANEAMENTO

Como já analisado, no saneamento o Juiz declara o processo liberado de vícios de forma (constituição e validade), permitindo-lhe conhecer o mérito da questão, sem o risco de alguma nulidade ou irregularidade comprometer a sentença final de mérito.

Mas deve-se analisar o alcance da decisão saneadora do processo, não recorrida tempestivamente, e que não tenha apreciado com o devido discernimento os pressupostos processuais e as condições da ação.

É notório que os pressupostos de constituição e de validade de um processo, bem como

das condições da ação, a preempção, litispendência e coisa julgada, não se convalidam com o tempo, podendo ser apreciados a qualquer momento até a sentença final de mérito (artigo 485, IV, V, VI, do CPC vigente).

O Professor Arruda Alvim¹⁹⁰ nos ensina que os pressupostos processuais e as condições da ação jamais sofrem os efeitos da preclusão, podendo, inclusive, ser alegados em grau de recurso, respondendo, entretanto, o réu pela eventual não alegação da ausência daqueles requisitos na primeira oportunidade que se manifestou nos autos.

Porém, quando decididas as questões processuais, como, v.g., a legitimidade de uma das partes (artigo 357, I, do CPC vigente), inclusive com a delimitação da responsabilidade civil (artigo 357, IV, do CPC vigente), sem que as partes tenham no quinquídio legal solicitado ajuste, apesar de restar preclusa a questão (artigo 357, § 1º, c/c artigo 223, ambos do CPC vigente), por se tratar de decisão não sujeita a recurso, essa preclusão pode ser afastada (STJ-REsp nº 1.602.927-SP- Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.08.2018).

DECISÃO DAS QUESTÕES PROCESSUAIS PENDENTES

Além da fixação dos pontos controvertidos, serve a audiência designada para solução de eventuais questões processuais pendentes – tais como incompetência do Juízo, carência de ação – cuja decisão é considerada, ainda que imprópriamente, como despacho saneador, mas que cuida na realidade de uma decisão interlocutória e, assim, deve ser devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

É certo que esta decisão alcança toda matéria que não tenha sofrido preclusão, ou que não esteja sob os efeitos desta.

Assim, ainda que a petição inicial tenha sido deferida, determinada a citação do réu, apresentada contestação, designada audiência de saneamento, nos termos do artigo 357 em estudo, poderá o Magistrado conhecer de matéria que deveria ter conhecido quando do deferimento da inicial, inclusive, extinguindo o feito nos termos do artigo 355 do mesmo Diploma Legal.

Daí porque entendia-se, na vigência do revogado CPC, que as questões pendentes deveriam ser analisadas antes da fixação dos pontos controvertidos, pois poderia a análise daquelas prejudicar o conhecimento do mérito, prescindindo de fixação dos pontos controvertidos. No vigente CPC, houve essa inversão.

¹⁹⁰ *Manual...*, vol. 2, pp. 218/ 220; *Direito Processual Civil*, vol. 1, pp. 15/16.

É nesta fase que o Magistrado analisa as preliminares arguidas pelo réu, ou a impugnação ofertada pelo autor à resposta, decidindo-as.

A mesma função desta audiência é encontrada no direito colombiano, onde a decisão sobre as exceções colocadas são, quando o caso, objeto de provas na própria audiência, e ali resolvidas¹⁹¹.

No direito português, igualmente, há a oportunidade de, na audiência designada, serem conhecidas as exceções alegadas¹⁹², sendo que o Juiz somente poderá deixar de decidir as que inibem o conhecimento do mérito, nesta oportunidade, quando não se encontre habilitado para tanto, devendo, entretanto, justificar a sua abstenção. Se a exceção arguida for capaz de extinguir o processo com o julgamento do mérito, também deve ser conhecida sempre que o processo forneça os elementos indispensáveis.

Não cabe nenhum recurso contra o despacho saneador que deixar de conhecer as exceções na audiência por falta de elementos seguros, e que relegate à sentença final o reconhecimento das matérias arguidas nas exceções.

Apesar de nosso texto pátrio não disciplinar expressamente essa possibilidade de remessa da matéria arguida como exceção à sen-

tença, como ocorre no Código português, é óbvio que o mesmo tratamento é aqui assegurado, eis que o Juiz não pode decidir sem segurança, máxime, por dever fundamentar sua decisão, por força de disposição constitucional e infraconstitucional¹⁹³.

FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

Quando ocorre a fixação dos pontos controvertidos, significa haver o processo superado a análise de admissibilidade da ação, embora possa na sentença extinguir o feito sem julgamento do mérito, quando constate ser impossível a superação da irregularidade que o impede de conhecer o mérito.

Esta fixação dos pontos controvertidos, que era objeto de várias discussões, eis que a maioria dos Juízes entendia ser um ato privativo e unilateral dos mesmos, no qual as partes não deveriam intervir, restou superado com o novo CPC, que permite às partes requererem esclarecimentos e/ou ajustes, se não for designada audiência para esse saneamento.

Salutar essa inovação no CPC vigente, que se encontra em consonância com as legisla-

¹⁹¹ Artigo 101, parágrafo primeiro, "b", e, parágrafo quinto, do Código de Procedimento Civil.

¹⁹² Artigo 510º, "a" e "b", do Código de Processo Civil.

¹⁹³ A Súmula 424 do STF deixa clara essa possibilidade, pois somente fulmina de preclusão o despacho saneador que não houve recurso quando não forem "excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença".

ções estrangeiras, pois a participação das partes em tão importante fase processual representa uma vitória ou derrota no processo, máxime, respeito aos mais importantes princípios constitucionais, contraditório e ampla defesa.

E não poderia ser diferente, já que com a participação das partes na fixação dos pontos controvertidos, podem as mesmas demonstrar ao Magistrado o que entendem prescindível de provas, face a aceitação dos fatos determinados, e que nem sempre é compreendido pelo Juiz no exame perfunctório dos autos que procede ao despachar saneando o processo.

Aliás, a participação das partes na fixação dos pontos controvertidos não é simplesmente cumprimento às normas constitucionais, mas também a preceito infraconstitucional, presente desde o revogado CPC.

Basta se observar no revogado Código de Processo Civil, artigo 451, que "*Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova*".

O Chile reserva para o Magistrado o direito de verificar e estipular os fatos controvertidos e as provas necessárias para elucidação dos mesmos, sem a participação das partes, no artigo 318 do Código de Procedimento Civil.

Apesar da unilateralidade do ato, o direito chileno permite às partes pleitearem a reposi-

ção, solicitando a modificação dos fatos controvertidos fixados, eliminando alguns e agregando outros, o que será conhecido de plano pelo Juiz ou processado como incidente¹⁹⁴.

Encontramos na Argentina a abertura da prova¹⁹⁵ como ato pelo qual o Juiz concede às partes o direito de se oporem à mesma, total ou parcialmente, o que representa a possibilidade de se ter a participação dos interessados na produção de provas sobre fatos que entendam controvertidos¹⁹⁶.

No direito processual da Colômbia, por outro lado, a norma que disciplina a matéria em questão é mais abrangente, pois "*o Juiz requererá às partes e aos seus procuradores para que determinem os fatos em que estão de acordo e que forem suscetíveis de prova de confissão, os quais declarará provados mediante auto em que, ademais, assinalará as provas pedidas que rejeitar por versar sobre os mesmos fatos... Igualmente, se o considerar necessário, requererá às partes para que ali mesmo aclarem e precisem as pretensões da demanda e as exceções de mérito*"¹⁹⁷.

Esse tratamento dado no direito colombiano é por demais oportuno e em consonância

¹⁹⁴ Artigo 319 do Código de Procedimento Civil do Chile.

¹⁹⁵ Artigo 360 do Estatuto Processual Civil da Argentina.

¹⁹⁶ Artigo 361 do mesmo Diploma Legal.

com a regra de pertencer às partes o processo, cabendo a estas o direito de esclarecer quais os pontos controvertidos, ainda que não haja consenso entre si, então cabendo ao Juiz decidir o que de Direito, por haver uma discussão entre as partes e que impescinde de decisão judicial.

No direito português, o Juiz tem o poder de, isoladamente, fixar os pontos controvertidos, através da especificação e questionário¹⁹⁸, cabendo às partes o direito de reclamar desta especificação e questionário, o que será julgado logo a seguir, não cabendo nenhum tipo de recurso contra tal decisão, podendo, entretanto, ser impugnado este despacho no recurso interposto contra a decisão final¹⁹⁹.

Assim, embora o ato de fixação dos pontos controvertidos no direito luso seja unilateral, é reservado às partes o direito de reclamarem contra o mesmo, diretamente ao Juiz, demonstrando as razões para tanto, e permitindo uma imediata reforma da decisão judicial, pelo próprio Juiz que fixou os pontos, ao contrário do nosso direito pátrio, onde somente se tem a re-

forma do despacho através do recurso de Apelação, o que, além de oneroso, é moroso.

DETERMINAÇÃO DAS PROVAS A SEREM PRODUZIDAS E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS

O presente ato judicial se encontra diretamente ligado à fixação dos pontos controvertidos, pois apenas com a definição da matéria de fato onde não haja consenso entre as partes é que se pode provar.

Mas a participação das partes nos pontos controvertidos e na determinação das provas a serem produzidas não representa ao Magistrado uma atitude de benevolência e nem de submissão à vontade das partes, por ser dever do mesmo indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, desde que fundamente a sua decisão, artigo 370, § único, do nosso Estatuto Processual vigente.

Na fixação das provas, o Magistrado poderá até mesmo pleitear a produção de provas que, apesar de consideradas dispensáveis pelas partes, o mesmo entende imprescindíveis, desde que se trate de direitos indisponíveis, onde o interesse público sobrepuja o privado²⁰⁰, ou quando pelo quadro fático existente nos autos, o Juiz entender que as partes podem estar se utili-

¹⁹⁷ Artigo 101, parágrafo sexto, do Código de Procedimento Civil.

¹⁹⁸ Especificação é o ato pelo qual são selecionados os fatos articulados pelas partes e que interessam à solução da causa, mas que já se encontram provados, e que portanto dispensam novas provas. Questionário, por sua vez, é a peça na qual o Magistrado descreve os fatos articulados pelas partes e que também interessam ao desfecho final, sob a forma de quesitos que, por serem controvertidos, necessitam de provas.

¹⁹⁹ Artigo 511º do Código de Processo Civil.

zando do processo para fim ilícito, artigo 142 do CPC atual.

A possibilidade de o Juiz determinar as provas que entender necessárias pode, aliás, chegar ao ponto de ouvir como testemunhas do Juízo as testemunhas arroladas serodiamente por uma das partes²⁰¹.

Tratando a questão com maior esmero, o direito chileno prevê ao Magistrado a fixação dos pontos controvertidos e a necessidade de produção de provas, facultando às partes a apresentação de uma minuta com a especificação das provas que pleiteam para dirimir cada ponto controvertido²⁰², autorizando, inclusive, uma solicitação extra de provas não pleiteadas anteriormente, pedido este que o Juiz pode ou não conceder²⁰³.

O Juiz argentino, quando verificar a existência de fatos controvertidos, como visto anteriormente, receberá a causa à prova, cabendo às partes a indicação das que pretendem produzir, mas sendo assegurado ao Magistrado o direito de recusar uma prova que tenha sido pleiteada pela parte, sempre que constatar a manifesta improcedência ou a considere meramente dilatória²⁰⁴.

Assim, sendo indeferida uma prova requerida, deve o Juiz fundamentar sua decisão²⁰⁵, o que evita um autoritarismo repudiado por todos, mormente por haver no sistema argentino o princípio da amplitude da prova, que, em caso de dúvida, rege o procedimento probatório.

Interessante maneira de se produzir a instrução probatória na Argentina encontra-se no seu processamento, eis que, no país vizinho, é formado um “*cuaderno de prueba*” separado para produção de provas de cada parte, o qual é agregado ao final do prazo estipulado para sua produção²⁰⁶, sendo consideradas como negligência as medidas de provas não pedidas, ordenadas e praticadas dentro do prazo, ainda que por culpa das autoridades encarregadas de cumpri-las, desde que o interessado não tenha diligenciado para sua execução²⁰⁷.

Na Colômbia, as partes requerem ao Juiz as provas que pretendem para comprovação das suas alegações e que cuidam de pontos controvertidos, reservando à Autoridade Judiciária o direito de rejeitá-las quando considerá-las proibidas, ineficazes e manifestamente supérfluas, ou que versem sobre fatos notoriamente imperinentes, bem como de determinar as que enten-

²⁰⁰ RSTJ 84/250.

²⁰¹ RT 605/96.

²⁰² Artigo 320 do Código de Procedimento Civil.

²⁰³ Artigo 327 do mesmo “Codex”.

²⁰⁴ Artigo 364 do Estatuto Processual Civil.

²⁰⁵ Artigo 161, 1º, do mesmo Diploma Legal.

²⁰⁶ Artigo 380 da mesma Lei Adjetiva - “[Cuadernos de prueba] - Se formará cuaderno separado de la prueba de cada parte, la que se agregará al expediente al vencimiento del plazo probatorio.”

²⁰⁷ Artigo 384 do mesmo “Codex”.

der necessárias e úteis para a verificação dos fatos alegados²⁰⁸.

Portugal assegura às partes o direito de indicarem as provas que pretendem produzir nos articulados anteriores ao despacho saneador, assim como posteriormente a este, já que são advertidas, após a especificação e o questionário, a apresentarem o rol de testemunhas e o requerimento das outras provas que pretendem produzir, inclusive alterando o pedido anterior²⁰⁹.

Por fim, tem-se no saneamento do processo a distribuição do ônus da prova a ser produzida, que poderá ser diverso do determinado no artigo 373, I e II, do CPC vigente, por força do disposto nos parágrafos primeiro e terceiro do mesmo artigo 373, respeitado o parágrafo segundo do mesmo artigo.

Vale dizer, o importante na distribuição do ônus da prova de forma diversa do convencional é a oportunidade de a parte que receber o ônus ter a possibilidade de produzi-la, não podendo ser surpreendida com a inversão do ônus da prova no momento da produção.

DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

²⁰⁸ Artigos 178 e 179 do Código de Procedimento Civil.

²⁰⁹ Artigo 512º do Código de Processo Civil.

A designação da audiência de instrução e julgamento deixa de ser ato próprio do saneamento, podendo ser dispensada, inicialmente, quando não exista prova testemunhal, podendo, entretanto, ser posteriormente designada uma audiência de instrução para um esclarecimento ou produção de provas sobre fato superveniente ao saneamento, não sendo a mesma necessária apenas para discussão e oferecimento das alegações finais, eis que estas podem ser oferecidas em petição escrita ao término da fase probatória.

No direito argentino, como vimos antes, as provas são produzidas em autos separados, onde se terá audiência somente para produção daquelas que necessitem deste ato, e após a conclusão da mesma, agregando-se aos autos o caderno de provas, abre-se prazo às partes para apresentação de suas razões finais, subindo os autos à conclusão para sentença²¹⁰.

O Chile cuida da matéria de forma semelhante, já que permite às partes o oferecimento de escritos finais, diferenciando-se apenas quanto ao momento de proferimento da decisão final, sendo as partes notificadas para ouvi-la, audiência esta na qual mais nada pode ser alegado e nenhuma prova pode ser produzida²¹¹.

A designação de uma audiência, no direito português, é sempre necessária, seja para

²¹⁰ Artigo 482 e 483 da Lei Adjetiva.

²¹¹ Artigos 430, 432 e 433 do Código de Procedimento Civil.

produção das provas que a exijam, seja para discussão e julgamento da causa²¹², sendo que a designação da mesma ocorre após a conclusão das provas que dispensam audiência²¹³.

Pode-se concluir que o nosso direito pátrio está em consonância com parte das legislações estrangeiras no que se refere ao tópico em questão, o que é progresso salutar à celeridade processual, na medida que alivia a pauta dos Juízes, dispensando a designação prematura de audiências que poderão ser desnecessárias.

ALCANCE E APLICABILIDADE DO SANEAMENTO

Depara-se agora com uma questão de suma importância ao processo de uma forma geral, pois o alcance do saneamento pode resultar na preclusão ou não do direito de questionar a matéria suscitada.

Com efeito, se o despacho saneador apreciou um fato levantado por uma das partes, decidindo a respeito, dependendo do que se trata, mister se fará a interposição do devido recurso de apelação por parte do prejudicado, no momento oportuno, a fim de evitar a preclusão do seu direito.

Mas poderá ocorrer de a decisão proferida no despacho saneador não gerar os efeitos

da preclusão quando a parte prejudicada não tenha interposto recurso.

Isto porque, reiterando, há matéria que, apesar de decidida e não recorrida, pode ser apreciada novamente "*a posteriori*", como é o caso das hipóteses previstas no artigo 485, IV, V e VI, do CPC, por força do disposto no mesmo artigo, parágrafo terceiro.

Outras, por sua vez, exigem a imediata interposição de recurso para que não seja considerado precluso o direito de argui-las, v.g., prescrição (artigo 356, § 5º, do CPC vigente).

Por fim, devemos consignar que a aplicabilidade do disposto no artigo 357 deve ser imputada a todas as formas de processo constantes no Código de Ritos, quando for o caso e possível.

Assim, este artigo se aplica ao processo de rito comum e aos demais procedimentos que tomem este rito, p. ex., possessória e embargos.

Mais, devemos considerar aplicável este procedimento de saneamento previsto no referido artigo 357 aos processos do Juízo Arbitral e ao administrativo, dada a excelência do mesmo e a oportunidade que este confere às partes para defesa de seus direitos, princípio consagrado na Carta Magna, embora os mesmos tenham leis específicas tratando da matéria, mas que, face à timidez com que se apresentam em relação ao

²¹² Conforme artigo 646º do Código de Ritos.

²¹³ Artigo 647º do mesmo "Codex".

saneamento previsto para os procedimentos judiciais, entende-se que, “*mutatis mutandis*”, é possível a sua aplicação àqueles.

CONCLUSÃO

Embora se tenha, ao longo deste trabalho, procurado consignar algumas considerações pessoais, bem como conclusões, mister se faz a enumeração de algumas conclusões a que chegamos no estudo do tema, o que faremos de forma objetiva, atentando-nos para a aplicação de cada uma na vida prática.

1. O saneamento e organização do processo, na forma introduzida com o vigente Código de Processo Civil, representa uma evolução em relação ao Código revogado, em que pese aquele ter sido, então, uma evolução, face à inexistência de regulamentação geral para o processo civil e, máxime, com as reformas introduzidas ao longo de sua vigência;
2. A designação de audiência para saneamento compartilhado é uma das mais salutares inovações, dada a possibilidade às partes de exercerem o contraditório e ampla defesa de forma plena;
3. A necessidade de intimação das partes sobre o saneamento feito pelo Juiz isoladamente, permitindo-lhes requerer esclarecimentos

e/ou ajustes, importa, igualmente, no exercício do contraditório e ampla defesa de forma plena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Armelin**, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- Arazi**, Roland e **Fenochieto**, Carlos Eduardo. Régimen del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Revisado y Comentado, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.
- Arruda Alvim Neto**, José Manoel. Tratado de Direito Processual Civil, vol. 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990. Direito Processual Civil, vol. 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- Arruda Alvim**, Teresa. Manual de Direito Processual Civil, vol. I, 4ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994; 5ª edição, 1996; e, vol. II, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991; 5ª edição, 1996.
- Bastos**, Jacinto Rodrigues. Código Civil Português (Anotado e Actualizado), 11ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, 1996.
- Blanco**, Hernán Fabio López. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomos I e II, Sexta Edición, Bogotá, Colômbia, Editorial ABC, 1993.
- Bermudes**, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil, 1ª edição, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1995. A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

- Calmom de Passos**, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- Carnelutti**, Francesco. Instituciones del Proceso Civil, v. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.
- Castro**, Hector Enrique Angel. Código de Procedimiento Civil - Comentarios, Doctrina, Jurisprudencia, Concordancias, Legislación Complementaria, Indices, Tercera Edición, Santa Fé de Bogotá, Colômbia, Libreria Doctrina e Ley, 1994.
- Chiovenda**, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, tomo III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- Cintra**, Antônio Carlos de Araújo, **Grinover**, Ada Pellegrini, e **Dinamarco**, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- Dinamarco**, Cândido Rangel. Execução Civil, 3ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993. A Reforma do Código de Processo Civil, 3ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1996. A Instrumentalidade do Processo, 5ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1996.
- Goldschmidt**, James. Derecho Procesal Civil, Espanha, Editorial Labor, S.A., 1936.
- Grinover**, Ada Pellegrini. Novas Tendências do Direito Processual, 2ª edição, São Paulo, Editora Forense Universitária, 1990.
- Lacerda**, Galeno. Despacho Saneador, Porto Alegre, Editora Sulina, 1953.
- Liebman**, Enrico Tullio. Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, São Paulo, Editora Saraiva, 1947. Manuale di Diritto Processuale Civile, 4ª edição, vol. I, Milano, 1980.
- Machado**, Antônio Cláudio da Costa. A Reforma do Processo Civil Interpretada, São Paulo, Editora Saraiva, 1995.
- Martínez**, Helmut Suarez. Código Civil - Ordenado, Concordado, Anotado, Suplemento Legislativo, Primera Edición, Santa Fé de Bogotá, Colômbia, Ediciones Doctrina y Ley, 1994.
- Moreira**, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, vol. I, 2ª e 18ª edições, Rio de Janeiro, Forense, 1976 e 1996.
- Pontes de Miranda**, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomos I, II, III, IV e V, Rio de Janeiro, Forense, 1973. Atualização Legislativa de **Bermudes**, Sérgio. Tomos I, II, III e IV, Rio de Janeiro, Forense, 3ª edição, 1996.
- Redenti**, Enrico. Derecho Procesal Civil, tomo I, Buenos Aires, Ediciones Europa-America, 1957.
- Rezende Filho**, Gabriel José Rodrigues de. Curso de Direito Processual Civil, vols. I e II, São Paulo, Editora Saraiva, 1965.
- Rosenberg**, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.
- Satta**, Salvatore. Manual de Derecho Procesal Civil, vol. I, Buenos Aires, Ediciones Europa-America, 1971.
- Silva**, Clóvis do Couto e. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XI, tomo I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- Soares**, Fernando Luso, **Mesquita**, Duarte Romeira e **Brito**, Wanda Ferraz de. Código de Processo Civil Anotado, 9ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1994.
- Tornaghi**, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I e II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975.

Tucci, Rogério Lauria. Do Julgamento Conforme o Estado do Processo, 3ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1988.

Varela, Antunes, **Bezerra**, J. Miguel e **Nora**, Sampaio e. Manual de Processo Civil, 2ª edição, Coimbra, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 1985.

Véscovi, Enrique. La Reforma de la Justicia Civil en Latinoamérica, Santa Fé de Bogotá, Colômbia, Editorial Temis S.A., 1996.

APONTAMENTOS SOBRE A PETIÇÃO INICIAL

Regiane SCOCO LAURÁDIO²¹⁴

Resumo: O presente estudo traz como tema central a petição inicial. Sabemos que a atividade jurisdicional necessita da iniciativa da parte, sendo que o princípio da inércia está previsto no artigo 2º do Código de Processo Civil, logo, salvo as exceções previstas em lei, “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial”. Mas como dar início à atividade jurisdicional? Como deve ser procedido o pedido, o pleito em juízo? A resposta é simples: através de uma petição inicial que conterá a pretensão do autor. A petição inicial, também conhecida como exordial, peça vestibular ou inaugural, deve ser redigida em língua portuguesa, nos termos do artigo 192 do Código de Processo Civil, sendo que expressões em latim são admitidas. A redação deve ser clara e é proibido por lei lançar nos autos cotas marginais ou interlineares, segundo os ditames do artigo 202 do mesmo diploma legal. Os artigos 319 e seguintes do Código de Processo Civil trazem elencados os requisitos da petição inicial, os quais serão abordados no decorrer do nosso estudo.

Palavras-chave: Petição. Inicial. Requisitos. Forma.

²¹⁴ *Mestra em Direito das Relações Sociais, subárea de Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Professora de Direito Civil e Prática Jurídica no Centro Universitário Padre Anchieta. Advogada.*

REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL – ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

COMPETÊNCIA

O Código de Processo Civil elenca em seu artigo 319 quais são os requisitos da petição inicial, sendo o primeiro deles o juízo a que é dirigida. Assim, devemos nos voltar para a parte da lei que regulamenta a competência para podermos definir a quem será dirigida a petição inicial.

Importante enfatizar que nosso ordenamento jurídico traz a competência absoluta e a relativa, sendo que a primeira pode ser declarada de ofício e pode ser invocada a qualquer tempo pelas partes, consoante dispõe o § 1º do artigo 64. Ela não pode ser modificada, nem mesmo pela vontade das partes, nos termos do artigo 62 do mesmo diploma legal. Como exemplo, podemos mencionar uma ação judicial que deveria ser processada perante a Justiça do Trabalho, por envolver relação entre patrão e empregado, e foi, equivocadamente, distribuída perante a Justiça Comum.

A competência relativa, por sua vez, está sujeita a alterações, conforme o artigo 54 do Código de Processo Civil. É na preliminar da contestação que o réu deve arguir a incompetên-

cia relativa, nos termos do artigo 64, e, caso não venha a fazer, estará precluso o direito de invocá-la.

O artigo 63 do mesmo diploma legal preconiza ainda a possibilidade de as partes modificarem a competência em razão do valor e do território, o que conhecemos como foro de eleição.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno²¹⁵, a competência instituída pelo Código de Processo Civil é residual, assim como já fazia o Código de 1973, embora seja ela complexa e ampla.

Os artigos 42 e seguintes do Código de Processo Civil tratam da competência.

Para as ações que versem sobre direito pessoal ou real de bens móveis, em regra, será competente o domicílio do réu, consoante dispõe o artigo 46 do Código de Processo Civil. Se o réu tiver dois ou mais domicílios, caberá ao autor escolher onde a ação será proposta.

Sendo o domicílio incerto ou desconhecido, o foro competente será o domicílio do autor. Esta regra também é válida quando o réu não tiver domicílio aqui no Brasil.

Nos casos de litisconsortes passivos, com diferentes domicílios, o autor poderá escolher o local do ingresso da ação judicial.

²¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 14.

Já nos casos onde a discussão gire em torno de direito real sobre bens imóveis, será competente o foro de situação da coisa, conforme estabelecido no artigo 47 do Código de Processo Civil.

Exceto se a ação versar sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, o autor da demanda poderá propor a ação no domicílio do réu ou no foro convencionado entre as partes – foro de eleição.

A regra processual contida no artigo 48 também assevera que o foro do domicílio do autor da herança no Brasil é o competente para o inventário, partilha e ações onde o espólio for réu, mesmo que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Quando o ausente for demandado, a ação deverá ser intentada no foro de seu último domicílio. Esta também é a competência para processar as causas que envolvam arrecadação, inventário, partilha e cumprimento das disposições testamentárias, consoante artigo 49 do Código de Processo Civil.

Na ação em que o incapaz figurar como réu, a mesma será proposta no foro de domicílio de seu representante ou assistente, nos termos do artigo 50.

Também é competente o foro do domicílio do réu para as ações em que a União for

autora. Caso a União seja demandada, é competente o foro do autor da ação ou o da ocorrência do ato ou fato que originou a demanda. Referida regra vale para o Estado ou Distrito Federal. Entretanto, se na comarca não houver sede de vara do Juízo Federal, a Justiça Estadual poderá processar e julgar as causas, nos termos do § 3º do artigo 109 da CF.

O artigo 53 prevê ainda a competência para discutir as ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento de união estável, sendo elas: i) do domicílio do guardião de filho incapaz; ii) do último domicílio do casal, quando não houver filho incapaz; iii) do domicílio do réu, caso as partes não residam mais no antigo domicílio. A competência para as ações de alimentos é a do domicílio ou residência do alimentando.

Referido artigo traz ainda a previsão da competência em razão do lugar nos seguintes casos: “a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica; b) onde se acha agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu; c) onde exerce suas atividades, para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica; d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento; e) de residência do idoso, para a causa que verse direito previsto o respectivo estatuto; f) de sede de serventia nota-

rial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício.”

Existe ainda a previsão de fixação da competência: i) quando o assunto for reparação de dano, em que o réu for administrador ou gestor de negócios alheios, o foro competente é o do lugar do ato ou fato; ii) quando a ação versar sobre acidente de veículo, inclusive aeronave, será competente o domicílio do autor ou do local do fato para a ação de reparação de dano.

IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES

Passada a questão da competência, vamos ao segundo requisito instituído no artigo 319 do Código de Processo Civil: a indicação dos “nomes, prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu”.

A lei exige a indicação dos elementos que possam tornar clara a identificação do réu. Insta esclarecer que é de suma importância saber o estado civil das partes litigantes, inclusive com o regime de bens do casamento ou da união estável, uma vez que sendo uma ação fundada

em direito real²¹⁶, se faz necessária a presença do marido e mulher, companheiro e companheira para integrar a lide.

A falta da indicação de um dos elementos acima citados não leva ao indeferimento da inicial, nos termos do § 3º do artigo 319, assim como existe a possibilidade de se ingressar com a ação judicial e requerer ao juiz diligências, no sentido de suprir as informações faltantes.

FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O fato e os fundamentos jurídicos do pedido também integram a petição inicial.

Caberá ao juiz responder ao pedido do autor, julgando a ação procedente, parcialmente procedente ou improcedente. Na lição de Ernane Fidélis dos Santos²¹⁷, “o pedido limita a lide e sobre ela deverá o julgamento incidir com força de definitividade”. Referido autor ainda complementa, dizendo que dentro do caso concreto, o pedido “adquire força de lei dentro daquela limitação traçada”.

É com base na petição inicial que o juiz irá responder ao pedido do autor, por isso a importância do fato, ou causa de pedir, e dos fun-

damentos jurídicos do pedido. Após o trânsito em julgado da decisão de mérito, será considerada a análise de todas as alegações e defesas trazidas nos autos, conforme preceitua o artigo 508 do Código de Processo Civil.

A doutrina classifica a causa de pedir em remota, correspondente aos fatos e próxima, correspondente aos fundamentos jurídicos do pedido. O exemplo trazido pelo professor Cassio Scarpinella Bueno²¹⁸ nos ajuda a fixar tal distinção. Segundo o autor, “para uma ação de despejo, o contrato de aluguel é a causa remota e o não-pagamento do aluguel na forma ajustada é a próxima”.

Concluimos que a causa de pedir remota está ligada aos fatos, aos acontecimentos que deram origem ao litígio, e a próxima, ao fundamento jurídico que ampara o direito invocado.

Note-se que apresentar os fundamentos jurídicos não significa transcrever o texto legal *ipsis litteris*, mas sim apontar o direito ofendido. Por exemplo, em uma petição inicial requerendo reparação pelos danos sofridos em virtude de um acidente de trânsito, não é necessário transcrever o artigo 186 do Código Civil, mas sim apontar a culpa do réu, em uma das suas moda-

²¹⁶ Na lição de Sílvio de Salvo Venosa, *direitos reais “traduzem relação jurídica entre uma coisa, ou conjunto de coisas, e um ou mais sujeitos, pessoas naturais ou jurídicas.”*

²¹⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 419.

²¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 72.

lidades, já que partimos do princípio de que o juiz conhece o direito.

Os fatos e os fundamentos jurídicos devem ser bem elaborados. É importante fazer uma ligação entre os fatos, os fundamentos jurídicos e o pedido, tudo precisa estar interligado com coerência e lógica.

PEDIDO

O pedido e suas especificações também são outros requisitos da petição inicial.

O artigo 322 do Código de Processo Civil determina que o pedido deve ser certo, ou seja, o autor da demanda deve ser preciso em relação à tutela que se busca com a ação interposta.

O § 2º do artigo supracitado, inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, dispõe que “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

Podemos concluir que, ao analisar o pedido, o magistrado não estará restrito apenas àquilo que foi mencionado no campo pedido, ele terá a flexibilidade de analisar todo o “conjunto de postulação”, como menciona o autor Cassio Scarpinella Bueno.²¹⁹

²¹⁹ BUENO. Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 346.

Além de certo, o pedido deverá ser determinado, atendendo ao estabelecido no artigo 324 do Código de Processo Civil. Note-se que o próprio artigo traz elencadas as exceções à regra, sendo elas: i) nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados, como exemplo quando o autor da herança não souber individualizar os bens que caberão a ela; ii) quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato. Podemos usar como exemplo uma ação requerendo a indenização por danos materiais e danos estéticos em decorrência de um acidente, mas que o autor da demanda não sabe precisar ainda quais as sequelas advindas do referido acidente e por último, iii) quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu, como, por exemplo, em uma ação onde se pleiteia a devolução de valores retidos indevidamente pela instituição financeira, sendo que os extratos bancários que comprovam tal alegação estão em poderes do banco.

O pedido pode ser único ou existe a possibilidade de cumulação, acarretando a eficiência do processo²²⁰ já que é possível com a mesma atividade jurisdicional solucionar diversos conflitos.

²²⁰ BUENO. Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 347.

É lícito formular pedidos alternativos, conforme disciplina o artigo 325 do Código de Processo Civil; nesse caso, pela natureza da obrigação, o devedor pode cumprir a obrigação de mais de uma forma. Importante enfatizar que se a lei ou o contrato determinar que o devedor possa escolher como cumprir a obrigação, será ele quem escolherá e não o autor da demanda.

O artigo 326, por sua vez, traz a previsão de um pedido subsidiário, ou seja, o autor da demanda requer mais de um pedido, e ao julgar o feito, o juiz poderá escolher o posterior quando não acolher o pedido anterior.

A cumulação subsidiária, ou sucessiva, é conhecida pela doutrina como cumulação eventual, “no sentido de que o magistrado apreciará um segundo pedido quando não conceder o primeiro”²²¹.

O § único do artigo 326 traz a possibilidade de se formular pedido alternativo sem indicar sua preferência, ficando a critério do juiz escolher entre este ou aquele pedido. Vejamos que esta hipótese é diversa daquela estudada no artigo 325 do Código de Processo Civil.

Existe ainda a possibilidade da “cumulação própria de pedidos”²²², em que o autor da demanda tem como objetivo ver deferidos todos

os pedidos pleiteados. Neste caso, não existe a obrigatoriedade de uma conexão entre os mesmos, consoante preceitua o autor Cássio Scarpinella Bueno²²³:

Para os casos de cumulação de pedidos, importa observar as regras do art. 327: (i) a cumulação é possível mesmo que entre os pedidos não haja conexão; (ii) os pedidos devem ser compatíveis entre si, a não ser que se trate de cumulação imprópria, no que é expresso o § 3º do dispositivo; (iii) o juízo deve ser competente para apreciar todos os pedidos; (iv) o procedimento deve ser o adequado para todos os pedidos, sendo que, havendo disparidade, o autor deve optar pelo procedimento comum, sem prejuízo da adoção das técnicas diferenciadas eventualmente existentes para a tutela jurisdicional mais adequada para algum dos pedidos (§ 2º do art. 327).

No tocante ao aditamento ou modificações relativas à causa de pedir ou ao pedido, o autor da demanda pode fazê-los, sem o consentimento do réu, mas desde que ainda não tenha havido a citação da parte adversa.

Se já houver ocorrido a citação, é lícito o deferimento de tal solicitação, desde que se faça até o saneamento do processo e desde que conte

²²¹ BUENO. Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 347.

²²² BUENO. Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 348.

²²³ BUENO. Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 348.

com a anuência da parte adversa, sendo assegurado o contraditório, nos moldes do inciso II do artigo 329 do Código de Processo Civil.

VALOR DA CAUSA

O inciso V do artigo 319 elenca ainda como um dos requisitos da petição inicial o valor da causa. Via de regra, o valor da causa corresponde ao montante econômico do direito pleiteado, porém, podemos ter situações nas quais esse valor não corresponderá ao montante efetivamente pleiteado.

O Código de Processo Civil traz, nos artigos 291 e seguintes, regras no tocante ao valor da causa.

A primeira premissa vem preconizada no artigo 291, que assim determina: “a toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível”. Ou seja, quando não pudermos mensurar o valor, o proveito econômico, mesmo assim será necessário atribuir um valor para a causa.

O artigo 293 do mesmo diploma legal traz elencadas algumas situações nas quais a lei processual determina qual será o valor a ser atribuído, sendo elas: i) na ação de cobrança de dívida, a somatória do valor principal corrigido, juros de mora e outras penalidades previstas; ii)

quando a discussão levar em conta a existência, validade, cumprimento, modificação, resolução, resilição ou rescisão de ato jurídico, o valor ou a parte controvertida; iii) para as demandas de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais; iv) na ação de divisão, demarcação ou reivindicação, o valor da causa será o da avaliação da área ou do objeto; v) quando a ação versar sobre indenização, inclusive a fundada em dano moral, o valor pleiteado; vi) quando houver cumulação de pedidos, a somatória deles; vii) quando se tratar de pedidos alternativos, será dado à causa o valor maior; viii) quando contiver pedido subsidiário, o valor da causa será o do pedido principal.

É importante enfatizar que em algumas situações, a lei especial determina o valor da causa, como ocorre, por exemplo, nas ações de despejo, em que o inciso III do artigo 58 da Lei 8.245/91 determina que será de 12 (doze) vezes o valor do último locatício.

Outra observação importante é a de que o juiz poderá de ofício corrigir e arbitrar o valor da causa quando for constatado que o conteúdo patrimonial em discussão ou o proveito econômico não estão corretos, nos termos do § 3º do artigo 292 do Código de Processo Civil.

Por fim, é lícito ao réu impugnar o valor atribuído à causa, que pela nova sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil, se

dará em preliminar de contestação, sob pena de preclusão, nos termos do artigo 293.

PROVAS

A indicação das provas com que o autor da demanda pretende demonstrar os fatos alegados também compõem a petição. O autor deve demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, atendendo aos ditames do inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil.

No decorrer da instrução probatória é que referidas provas serão produzidas, como forma de dar suporte ao magistrado para decidir a questão levada a juízo.

Fatos notórios, os afirmados e confessados pela parte contrária e aqueles tidos como incontroversos não necessitam de prova.

SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO

Por fim, deve constar na petição inicial a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação, nos termos do inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Civil.

Teremos uma audiência de conciliação quando não houver vínculo anterior entre as partes, como, por exemplo, num processo en-

volvendo um acidente de trânsito em que as pessoas envolvidas não se conheciam. Já a audiência de mediação tem lugar quando existe um vínculo anterior entre as partes, como ocorre, por exemplo, nas ações envolvendo relações de família.

Embora a lei processual mencione que a opção pela audiência de conciliação ou mediação é uma faculdade, o juiz pode, sempre que entender conveniente, determinar a sua realização, ressaltando que o não comparecimento da parte acarretará as penalidades da lei.

Concordando as partes com a sua designação ou julgando o juiz necessário, será agendado dia e horário para a realização da mesma, sendo que a falta injustificada de uma das partes acarreta aplicação de multa de até 2% do proveito econômico pretendido ou do valor da causa, revertendo-se tal valor ao Estado, acarretando um ato considerado atentatório à dignidade da justiça.

DATA, IDENTIFICAÇÃO DO ADVOGADO E ASSINATURA

Embora o artigo 319 do Código de Processo Civil não verse sobre as questões a seguir relatadas, a petição inicial deverá ser datada e assinada pelo advogado que detém a capacidade de postular em juízo, em nome de seu cliente.

Ademais, o artigo 14 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil menciona que “é obrigatória a indicação do nome e do número de inscrição em todos os documentos assinados pelo advogado, no exercício de sua atividade.”

DOCUMENTOS QUE INSTRUEM A PETIÇÃO INICIAL

O instrumento da procuração outorgada ao advogado peticionante também deve acompanhar a petição inicial, assim como o comprovante de recolhimento das custas judiciais, ou o requerimento dos benefícios da gratuidade de justiça.

Os documentos pessoais e todos aqueles que estiverem em poder do demandante, no ato da distribuição da ação, devem compor o rol de documentos que irão acompanhar a petição inicial.

EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

Nos termos do artigo 331 do Código de Processo Civil, se houver alguma falha, se ela não preenche os requisitos da lei, o juiz determinará ao autor que emende ou complemente a inicial, dentro de 15 (quinze) dias, sob pena de seu indeferimento.

CONCLUSÃO

De posse das informações aqui trazidas, concluímos que a petição inicial é o meio pelo qual o autor instaurará a lide, levando seu conflito a juízo, na busca de uma tutela jurisdicional.

A falta de um dos requisitos elencados em lei leva o juiz a determinar a sua emenda, sua adequação, dentro de um prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento.

A petição inicial deve ser bem elaborada, escrita de forma clara, com coerência entre os fatos, os fundamentos jurídicos e os pedidos. Concluimos ainda que a petição inicial é uma das peças mais importantes do processo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO. Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS. Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TARTUCE. Fernanda. DELLORE Luiz. *Manual de Prática Civil*. 12. ed. São Paulo: Método, 2016.

VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.