

UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

PACIFICAÇÃO DE JULGADOS: ESTUDO DESCRITIVO DO RECURSO DE
INAPLICABILIDAD DE LA LEY E DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

ALEX SANDER XAVIER PIRES

Rio de Janeiro

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ALEX SANDER XAVIER PIRES

**PACIFICAÇÃO DE JULGADOS: ESTUDO DESCRITIVO DO RECURSO DE
INAPLICABILIDAD DE LA LEY E DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Prof. Dr. Cleber Francisco Alves,
como exigência final do Curso de
Mestrado em Direito do PPGD / UGF.

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

RIO DE JANEIRO

2009

Contato com o autor: direitosumular@hotmail.com

Ao Prof. Dr. Cleber Francisco Alves pelas incansáveis horas de empenho e dedicação na árdua tarefa de orientar.

Ao Prof. Dr. Eduardo M. Martínez Álvarez pelas salutares, valiosas e precisas lições sobre o Direito Argentino.

Aos conspícuos Professores-Doutores do PPGD/UGF que compartilharam o seu saber.

À querida Anna Maria Xavier Pires, minha digníssima mãe, pelo amor incondicional e exemplo irretorquível da criação divina.

Àqueles que me são próximos e amados pela compreensão, paciência e incentivo.

À Providência Divina, por tudo!

A Força de Deus habita dentro de mim!

“A justiça é divina; mas, a fé é humana!”

Resumo:

Dentre as várias faces da “crise da justiça”, manifesta-se a divergência das decisões judiciais sobre questões de direito assemelhadas, que somente são superadas quando os tribunais são chamados a resolver o conflito, sendo certo que o fazem pacificando os julgados. Neste sentido, atuam a “uniformização de jurisprudência” do Brasil e o “*recurso de inaplicabilidad de la ley*” da Argentina, uma vez que são mecanismos processuais que perquirem a justiça do caso concreto quando determinam qual é a interpretação a ser dada a lei no acontecimento social real posto em juízo.

Palavras-chave: Decisão judicial. Interpretação. Uniformização. Justiça.

Abstract:

Among the many faces of the “justice’s crisis”, it manifests the divergence of judicial decisions on equal’s questions of law that are only resolved when the courts are called upon to resolve the conflict, through interpretation. In this sense, the “*uniformização de jurisprudência*” from Brazil and the “*recurso de inaplicabilidad de la ley*” from Argentina, while procedural’s mechanisms, compose the problem when persecute the justice of the real case by the interpretation to be given to law in this events.

Keywords: judgment. Interpretation. Standardization. Justice.

Resumen:

Entre las muchas caras en qué presentase la “crisis de la justicia”, manifiéstase la divergencia de las sentencias acerca de cuestiones muy similares de derecho que solamente son superadas cuando los tribunales son llamados a resolver el conflicto, así es que lo hacen pacificando los fallos. En este sentido, actúan la “*uniformização de jurisprudência*” de Brasil y el “*recurso de inaplicabilidad de la ley*” de Argentina, una vez que son los procedimientos indicados por la norma jurídica para buscar la justicia del caso concreto siempre en el camino de establecer la mejor interpretación para la hipótesis real.

Palabras claves: Fallo. Interpretación. Uniformización. Justicia.

Abreviaturas, símbolos e siglas

\$	peso argentino (unidade monetária Argentina)
§	parágrafo
1er.	primer (primeiro)
a.C.	antes de Cristo
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade [por ação]
AgRg no Ag	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
art. / Art.	artigo
cap. / Cap.	capítulo
c/c	cumulado com
CCA	Código Civil Argentino
CF/1934	Constituição Federal [do Brasil] de 1934
CN	Constitución Nacional
CNA	Constitución Nacional Argentina
CPBA	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires
CPC	Código de Processo Civil Brasileiro
CPC/1939	Código de Processo Civil Brasileiro de 1939
CPC/1973	Código de Processo Civil Brasileiro de 1973
CPCyCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
d. C.	depois de Cristo
D.	Don
Des.	Desembargador
DF	Distrito Federal
Dig.	Digesto de Justiniano
DJ	Diário de Justiça
D.O.U	Diário Oficial da União
Ed / ed.	edição, Editora ou Editorial
EC	Emenda Constitucional
HC	habeas corpus
Inc.	inciso
Min.	Ministro
nº	número
p.	página
Párr.	párrafo (parágrafo)
pp.	páginas
p. ex.	por exemplo

Prof.	professor
R\$	Real (unidade monetária Brasileira)
RDA	Revista de Direito Administrativo
Rel.	Relator
RESP	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário em <i>habeas corpus</i>
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RITJERJ	Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
RITRF2	Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ / ES)
RSTJ	Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
sec.	Século(s)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
tir.	tiragem
TJERJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TRF2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
v.	volume
v.g.	verbi gratia

Sumário

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – CRISE DOS JULGADOS: NECESSIDADE DE PACIFICAÇÃO	17
1.1. PREMISSAS IDEOLÓGICAS: SINTESE FÁTICA DE UM FENÔMENO	18
1.1.A. Do individualismo ao sentimento coletivo	19
1.1.B. Jusnaturalismo: virtude, dogma e vontade	20
1.1.B.1. Gênese Greco-Romana.....	21
1.1.B.2. Naturalismo teológico	24
1.1.B.3. Contratualismo jurídico	25
1.1.C. Constitucionalismo e Estado.....	27
1.1.C.1. Tripartição de funções, Estado de Direito e positivismo	33
1.1.D. Juspositivismo: pureza do Direito no sentido de Ciência	34
1.2. PREMISSAS CRÍTICAS: PRINCIPAIS MATIZES DA CRISE DA JUSTIÇA.....	39
1.2.A. Hans Kelsen: justiça relativa	40
1.2.A.1. O que é justiça?	41
1.2.A.2. Do absolutismo ao relativismo: uma ode ao princípio da tolerância	44
1.2.A.3. Legitimação positivista da justiça relativa.....	45
1.2.B. Digesto de Justiniano: <i>suum cuique tribuere</i>	46
1.2.C. Jean-Pierre Bonafé-Schmitt: desjuridicização	48
1.2.D. Georges Ripert: inflação normativa e progresso científico	51
1.2.E. Piero Calamandrei: Desconfiança.....	54
1.2.F. Mauro Cappelletti: Estrutural / institucional, ode ao agigantamento do poder judiciário ...	56
1.3. PREMISSAS TEÓRICAS: O JULGADO.....	59
1.3.A. Notas de convergência	59
1.3.B. Poder Judiciário: limites da decisão judicial.....	62
1.3.B.1. Caráter constitutivo em função dos limites da decisão judicial	65
1.3.B.2. Criação do direito na decisão judicial	66
1.3.C. O Julgado.....	67
1.3.C.1. Pacificação de julgados: fenômeno necessário	68
1.3.D. Atos do juiz de direito.....	71
1.3.D.1. Escorço normativo dos atos do juiz no modelo brasileiro	71
1.3.D.3. Escorço normativo dos atos do juiz no modelo argentino.....	72
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	75
CAPÍTULO 2 – DIREITO ARGENTINO: RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY.....	80
2.1. CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO: ESCORÇO DESCRITIVO SOBRE O MODELO DE FEDERAÇÃO	81
2.1.A. Antecedentes: instauração da forma federativa	81
2.1.B. Efetividade constitucional: a federação na reforma de 1994.....	83
2.1.C. Estabilidade federativa: repartição de competências	86
2.1.D. Notas gerais sobre as províncias.....	87
2.1.E. Podem as províncias legislar sobre matéria processual?.....	89
2.1.F. Conclusão parcial.....	89
2.2. ASPECTOS PROCESSUAIS CIVIS: IDENTIFICAÇÃO DE UM SISTEMA	90
2.2.A. Família Romano-germânica.....	91
2.2.B. Ode ao positivismo.....	92

2.2.C. Tríade processual civil de raiz	93
2.2.D. O CPCyCN e o “ <i>recurso de inaplicabilidad de la ley</i> ”	94
2.3. TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO SISTEMA ARGENTINO	100
2.3.A. Diretriz básica: falibilidade humana	101
2.3.B. <i>Doble instancia</i>	102
2.3.C. Remédio x recurso	103
2.3.D. Conceito de recurso	104
2.3.E. Requisitos comuns	105
2.3.F. Características	105
2.3.G. Classificação	107
2.3.H. Acolhimento federal do <i>recurso de inaplicabilidad de la ley</i>	109
2.4. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY	111
2.4.A. Conceito e finalidade	112
2.4.B. Objeto	114
2.4.C. Interesse	114
2.4.D. Requisitos	115
2.4.E. Procedimento	116
2.4.E.1. Apoderados	116
2.4.E.2. Interposição	118
2.4.E.3. Efeito	119
2.4.E.4. Contraditório	120
2.4.E.5. Declaração sobre a admissibilidade	120
2.4.E.6. Resolução do Presidente e questões a decidir	122
2.4.E.7. Resolução do Presidente e suspensão de pronunciamentos	123
2.4.E.8. Suspensão de pronunciamentos e <i>plenario virtual</i>	124
2.4.E.9. Votação	125
2.4.E.10. Resolução: formação da maioria	126
2.4.E.11. <i>Doctrina legal</i>	126
2.4.E.12. <i>Autoconvocatoria</i>	127
2.4.E.13. Obrigatoriedade dos <i>fallos plenarios</i>	128
2.5. FALLOS PLENARIOS	129
2.5.A. Constituição do <i>fallo plenario</i>	129
2.5.B. Identificação e finalidade	130
2.5.C. Projeção no tempo	131
2.5.D. Críticas	131
2.5.E. Cessação da obrigatoriedade	132
2.5.F. <i>Recorribilidade do “fallo plenario”</i>	133
2.5.G. <i>Fallo plenario</i> paradigmático	133
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	135
CAPÍTULO 3 – DIREITO BRASILEIRO: UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	138
3.1. CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	138
3.1.A. Antecedentes: dança dos poderes e desenho federal	139
3.1.B. Efetividade constitucional: Texto supremo de 1988	142
3.1.C. Estabilidade federativa: repartição de competências	144
3.1.D. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual	145
3.1.E. Conclusão parcial: notas de convergência	146
3.2. ESTRUTURA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA: ANÚNCIO DE UM SISTEMA	148

3.2.A. Traços característicos	148
3.2.B. Construindo um modelo processual codificado	149
3.2.C. institutos de raiz	152
3.2.D. Tipologia dos processos	155
3.3. TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO SISTEMA BRASILEIRO	157
3.3.A. Diretriz básica: lesividade da resolução judicial	157
3.3.B. Duplo grau de jurisdição	159
3.3.C. Etimologia e conceito de recurso	161
3.3.D. Recursos admitidos	162
3.3.E. Classificação	163
3.3.F. Recurso, remédio e meios de impugnação	164
3.3.G. A uniformização de jurisprudência como incidente	165
3.4. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	166
3.4.A. Escorço sobre a origem	167
3.4.B. Essência	169
3.4.C. Natureza e cabimento	170
3.4.D. Conceito e finalidade	171
3.4.E. Pressupostos	172
3.4.F. Procedimento	173
3.4.F.1. Legitimação	173
3.4.F.2. Suscitação do incidente	175
3.4.F.3. Admissibilidade	176
3.4.F.4. O Tribunal	177
3.4.F.5. Trâmite de julgamento perante o tribunal	179
3.4.F.6. Decisão	180
3.4.F.7. Oitiva do Ministério Público	181
3.5. SÚMULAS JUDICIÁRIAS	183
3.5.A. Origem	183
3.5.B. Nota de esclarecimento sobre a Súmula	185
3.5.C. Constituição	187
3.5.D. Notas sobre a Súmula de Jurisprudência Predominante	188
3.5.D.1. A questão “Súmula Impeditiva de Recursos”	189
3.5.D.2. Verbete paradigmático da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal	190
3.5.D.3. Verbete paradigmático da Súmula de Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça	191
3.5.E. Notas sobre a Súmula Vinculante	192
3.5.E.1. Verbete paradigmático da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal	193
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	194
CONCLUSÃO DA DISSERTAÇÃO	198
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	209
ANEXO I – FALLO PLENARIO PARADIGMÁTICO: “MURGUÍA, ELENA JOSEFINA C/ GREEN, ERNESTO BERNARDO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”	217

INTRODUÇÃO

Ao se conceber que, entre nós, manifesta-se o desconforto social e o problema crônico na boa prestação jurisdicional advindos do desvio ideológico da jurisprudência é que nasceu a vontade de discussão sobre um mecanismo hábil a reaproximar as acepções do instituto e, por conseguinte, diminuir o abismo existente entre a “Ciência do Direito” e a “Prática Forense”, cuja repercussão social moderna faz aflorar o fenômeno da “crise da justiça”.

Por ora, vale dizer que uma coisa é a interpretação judicial da norma jurídica que dá vida a lei na aplicação em face do caso concreto (limites objetivos do processo); outra, diametralmente oposta, indica o critério de aplicação desta mesma lei em outros casos, “idênticos” ou não, a título concreto (*v.g.*, no julgamento de um recurso) ou abstrato – “orientações em tese” (como aplicar o dispositivo em eventos futuros). Por este prisma, surge a dúvida: qual é a “vontade do legislador”? (parâmetro Kelseniano); e sua variável: até aonde o magistrado pode interpretar a lei sem estender Direitos inexistentes no texto normativo?

Verifica-se, pois, que a gênese da discussão remonta a estrutura estatal de poder (diga-se político), ou seja, os sistemas jurídicos vinculados à família Romano-germânica (com ênfase nos modelos, brasileiro e argentino) seguem ou não a estrutura de “tripartição de funções do Estado” popularizada pela vertente liberal francesa.

Se a resposta for afirmativa, dar-se-á por caracterizado o regime político democrático fundado na imposição do dever de observância e respeito às normas constitucionais, enquanto instituidora do princípio da supremacia da Constituição, por força ideológica da norma hipotética fundamental; além da crise na harmonia entre as funções estatais, de forma que, se ao legislativo se dedica à competência originária de exercer a legiferação (poder de criar leis), ao judiciário se apõe a jurisdição (poder-dever, em última análise, de “dizer o Direito”). Eis a base da discussão...

Neste sentido, quando o judiciário é instado a “dar vida a lei”, isto é, exercer a jurisdição, reforça-se no sistema o modelo do judicialismo, pelo que, em última instância, deve ser compreendido como a conservação da eficácia, validade e

aplicação da lei, nos limites do caso concreto (parâmetro de afirmação do “Direito Prático”: a interpretação e aplicação da “lei”).

Portanto, a função judiciária, exerce, na prática, o “controle das leis”, o que avoca um risco muito grande: até aonde vai o poder do juiz de direito, no caso concreto, em decidir sobre a extensão de efeitos de determinada lei? Bem como: a sentença que aplica a lei ao caso concreto deve servir de parâmetro para outros casos similares? E, daí, qual a legitimidade do juiz de direito, em sua sentença, de controlar indiretamente, a função legislativa?

A questão é deveras complexa e não pode ser dirimida pelo órgão monocrático, senão pelas Cortes (juízos colegiados) legitimamente constituídas para a integração sistêmica do ordenamento jurídico; de sorte que a convergência dos julgados advinda da homogeneização dos pensamentos acerca da *quaestio iuris* levada à apreciação do judiciário, é imperativa.

Há que se destacar, desde já, que estas relações entre o judiciário e o legislativo, bem como do judiciário consigo mesmo, servem de fundamento para as várias percepções dos fenômenos que se desdobram na chamada “crise da justiça”, pelo que se apresentam como de maior repercussão, ao menos dois: a inflação normativa e o excesso de processos; que, indubitavelmente, servem de fundamento para os chamados movimentos de desjuridização, de deslegalização, de construção da confiança entre os operadores do direito, da resolução da crise institucional via agigantamento do poder judiciário, do distanciamento entre a adequação jurídica e o progresso científico, entre outras visões.

De concreto, cada situação em separado chama a atenção para uma fatia da “crise da justiça”, sendo certo que estas não serão objeto de análise isolada, embora tenham inspirado a presente pesquisa, uma vez que apenas ajudam a compor o ambiente propício para nossa proposta de fundo que não é outra, senão a de discutir a necessidade de pacificação da interpretação da lei nos limites do caso concreto, ou seja, a fuga da “generalidade” para a convergência da “especificidade”, que, numa única tacada, ajuda a compor a maioria das fatias mencionadas, haja vista que controla a aplicação das leis (restringido o número de normas dotadas de eficácia), ao mesmo tempo em que entrega à sociedade uma visão uníssona sobre a boa interpretação a ser dada em casos futuros (tende a diminuir as demandas, por certeza do resultado), permite a celeridade (sumariedade da instrução) e incentiva a

segurança jurídica (a mesma interpretação torna as decisões mais próximas da justiça).

Com a fixação da proposta, pendem-se à análise dos modelos, argentino e brasileiro, especialmente pela proximidade: física (limites fronteiriços), histórica (origem estatal advinda da dominação política), ideológica (filiados à família Romano-germânica), constitutiva (são Estados Democráticos de Direito) e estrutural (Federação firmada na descentralização política que observa a tripartição de poderes).

Para tanto, a proposta impõe a divisão da pesquisa em três partes: a primeira, dedicada à determinação das premissas que servirão de base para os demais capítulos; a segunda, destinada ao sistema argentino que se assenta no “*recurso de inaplicabilidad de la ley*”; e, a terceira, referente ao modelo brasileiro da “uniformização de jurisprudência”.

Há que se destacar sobre o primeiro capítulo que a intenção maior é a de convergir todo o referencial teórico partindo da relação entre o homem, a sociedade e o direito, sob a ótica da justiça, passando pelo movimento de constitucionalização, chegando ao fenômeno do positivismo jurídico; para, após, identificar os destaques sobre a “crise da justiça”, que serão indispensáveis para a compreensão do “julgado” e, especialmente, a necessidade de sua pacificação.

Ademais, a título de determinação metodológica, é bom frisar que a opção recai sobre o critério descritivo, o que lega o dever de afastamento de um estudo de Direito Comparado. Em verdade, os capítulos 2 e 3 permitirão ao leitor uma percepção isolada de cada modelo; mas, também, trarão elementos que possibilitarão ao interlocutor a construção de sua própria opinião que poderá pender a comparação.

Sobre o tema, vale destacar que (...)

“Mais do que procurar unificar as regras de conflito de leis, julgar-se-á mais fácil, ou preferível do ponto de vista prático, por vezes, a procura de um acordo sobre as próprias regras de fundo chamadas a reger esta ou aquela categoria de relações do direito. A unificação internacional do direito, no que diz respeito às relações internacionais de direito, constitui sem dúvida uma das mais importantes tarefas da nossa época. (...) O direito comparado é necessário para que apareçam os pontos de convergências ou de divergência existentes entre os diferentes

direitos, e para reconhecer os limites, geográficos ou outros, que convém assinalar à unificação (...)”¹.

A lição trazida por René David impõe a reflexão sobre o espírito do Direito Comparado (análise de modelos paradigmáticos para que se possa, num primeiro momento, evoluir o direito interno; e, num segundo, pender-se a universalização dos institutos²) e, mormente, sobre a casuística que repousa em sua aplicação que se desdobra do embate entre a sua condição de verdadeira Ciência ou de mero método de abordagem³, o que assenta a idéia de complexidade na aplicação das técnicas⁴.

Daí é que falar de Direito Comparado não significa apenas adotar institutos aplicados em distintos modelos jurídicos estatais (aqui se renega a mera justaposição). Em verdade, a importação⁵ dos modelos pressupõe a aplicação de critérios que justifiquem a sua recepção⁶, que, em última instância, justificará a cominação entre a comparação e a investigação, de sorte que “na etapa

¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; p. 11/12.

² Por não ser fundamento da análise de fundo que justifique o aprofundamento da abordagem, cinge-se a afirmação de que a dita universalização dos institutos deflui como imposição do fenômeno hodiernamente latente da globalização, em que se exige uma aproximação ampla dos Estados soberanos e, neste aspecto, os institutos jurídicos, por sua essência, devem favorecer a aproximação, o que somente é conseguido com a similitude ou o encurtamento de distâncias construídas em anos de história.

³ David, op.cit., p. 3.

⁴ Dignas de menção são as palavras de J. M. Othon Sidou sobre a casuística: “Ressalta uma indagação preliminar: ciência ou método o Direito Comparado? Nutrida na História jurídica, que, estática, revela o comportamento humano no passado, e na Sociologia jurídica, que, dinâmica, entende com a teoria geral da evolução do direito, a nossa disciplina é ciência. Se, excluído esse aspecto, ficarmos apenas na comparação legislativa para efeito de haurir subsídios em proveito do apuramento das leis nacionais de um sistema particular, o Direito Comparado é um método. Como quer que seja, e tendo por mira o sentido teleológico, é uma ciência auxiliar.”. SIDOU, J. M. Othon. *O Direito Comparado e a Unicidade Jurídica Universal*. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VIII, nº 6, Jul. / Dez. 1994, p. 138.

⁵ “A noção de importação, no sentido em que se emprega no presente trabalho, implica iniciativa ao menos formalmente voluntária por parte do Estado receptor, que acolhe em seu ordenamento, sem que este deixe por isso de ser nacional, elementos alienígenas(...)”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Importação de Modelos Jurídicos*. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano XV, nº 18, Jul. / Dez. 2000, p. 201.

⁶ Adotou-se aqui o sentido proposto por Ana Lucia de Lyra Tavares a título de conceito-chave para a recepção, sob o seguinte entendimento: “A expressão recepção de direitos indica a adoção, por um sistema jurídico, em sentido amplo ou restrito, de institutos, regras e princípios oriundos de outro(s) sistema(s). (...) Modernamente, esses estudos têm sido divulgados sob a designação de circulação de modelos jurídicos. Pensamos, entretanto, que entre as duas expressões há distinções a serem consideradas. Se no conceito de recepção está implícito um movimento de direção única de influências jurídicas, do sistema exportador para o receptor, no de circulação dos modelos jurídicos pressupõe-se que haja, como dissemos em outra ocasião, um retorno, com elementos novos, às fontes originárias de inspiração.”. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *Nota sobre as dimensões do Direito Constitucional Comparado*. In: Direito, Estado e Sociedade, n. 14, Departamento de Direito/PUC-Rio, Jan-Jul/1999, p. 94.

comparativa, pratica-se um método, ou procede-se metodicamente; na fase investigativa, busca-se uma ciência, ou procede-se cientificamente.”⁷.

Feito o intróito que apresenta a complexidade que paira sobre as técnicas de Direito Comparado, há que se incorporar o pensamento abstraído da obra “justiça para Todos!”, da lavra de Cléber Francisco Alves:

“No que se refere à metodologia de pesquisa, primeiramente é preciso deixar patente que não tivemos a pretensão de fazer um trabalho de direito comparado. O presente estudo tem um cunho muito mais descritivo do que comparativo. (...) Outrossim, caso tivéssemos optado por uma metodologia mais rigorosa e estrita de direito comparado poderíamos perder a oportunidade de incluir certas informações de grande interesse que teriam de ser deixadas de lado se a opção fosse por um enfoque que ficasse restrito apenas a umas poucas e certas variáveis que tivessem sido escolhidas para fins de cotejo. (...)”⁸.

Vale dizer que a ressalva tem o condão de expungir qualquer desvio da intenção primaz (apresentar os modelos: argentino e brasileiro), especialmente por conta do uso indevido do fenômeno de justaposição que por vezes atenta contra a estabilidade de trabalhos efetivos sobre o Direito Comparado; como bem destaca Ana Lucia de Lyra Tavares:

“É inquestionável que a identificação metódica de semelhanças e diferenças deve ser feita em função de certas variáveis pertinentes à matéria tratada. Em caso contrário, ter-se-ia a mera descrição do direito estrangeiro no pertinente ao tema escolhido, sem que a preocupação do cotejo relativamente a determinados itens guiasse o pesquisador. Na verdade é usual a leitura de textos que se intitulam de direito comparado, quando, efetivamente, o que fazem é justapor disposições de ordenamentos estrangeiros, sem a preocupação de detectar, sistematicamente, semelhanças e diferenças em torno de pontos específicos. Acacianamente, poderíamos concluir que comparar não é justapor.”⁹.

Neste sentido, optou-se por apresentar os modelos isento de opinião própria [se possível for!?!], mas com traços paradigmáticos de outras construções (dir-se-ia com reflexos históricos, filosóficos e sociológicos), cuja

⁷ Sidou, op.cit., p. 137.

⁸ ALVES, Cléber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006; p. 6.

⁹ Tavares, op. cit., p. 92.

finalidade é a de fomentar o debate sobre a resolução da crise da justiça apegada a um único viés: a necessidade de pacificação dos julgados. Portanto, tem-se que descrição, sim; comparação, não.

CAPÍTULO 1 – CRISE DOS JULGADOS: NECESSIDADE DE PACIFICAÇÃO

O presente capítulo cuidará de apresentar os referenciais teóricos sobre os quais se firmam os pilares da análise de fundo, sendo certo que o critério metodológico, determinado desde as primeiras linhas, impõe a convergência da abordagem, pelo que se partirá do assunto mais geral para o mais específico.

Ademais, para que a lógica ficasse evidente e o pensamento bem exposto preferiu-se dividir os ditos referenciais em três premissas: as ideológicas, as críticas e as teóricas.

No primeiro, serão apresentados alguns fenômenos fáticos que servem de base para a construção do problema, uma vez que versam sobre a íntima relação entre o homem, a sociedade e o direito, sempre sob os olhares atentos da justiça. Por esta ótica, a origem será firmada em função da análise do homem tomado em sua individualidade para, mais adiante, justificar-se a necessidade coletiva e os valores jusnaturalistas, passando pela variável da sedimentação do Estado moderno e do constitucionalismo, para que se possa assentar o pensamento juspositivista.

A segunda premissa responderá pela apresentação de algumas percepções sobre a crise da justiça construídas já em época contemporânea e vinculadas a acontecimentos tomados no mundo ocidental; que, por ora, servem para introduzir a amplitude da situação-problema e preparar o ambiente propício para discussão do fenômeno de “agigantamento do poder judiciário”, que avoca a premissa seguinte.

Já a terceira premissa cuidará especificamente do julgado e seu vínculo necessário com a pacificação, uma vez que não se concebe, nos Estados modernos, a instabilidade advinda da falta de segurança e clareza da produção judiciária, ou seja, a sociedade (independentemente do Estado) não mais tolera ou aceita decisões judiciárias díspares [*rectius*, divergentes] que incidam sobre julgados diferentes sobre a idêntica norma jurídica e em fatos similares. Afinal, a interpretação da norma jurídica deve ser realizada no sentido de estabilizar a sociedade, demonstrado, primeiramente, a força estatal; e, conseqüentemente, os limites reais da norma posta.

Percebe-se, pois, que as três premissas convergem os fenômenos e institutos; ao mesmo tempo em que criam o fundamento geral para a apresentação dos capítulos seguintes referentes aos modelos de pacificação de julgados do Brasil (uniformização de jurisprudência) e da Argentina (*recurso de inaplicabilidad de la ley*).

1.1. PREMISSAS IDEOLÓGICAS: SINTESE FÁTICA DE UM FENÔMENO

A gênese do estudo sobre a “Justiça” ou, mesmo, das variáveis do “acesso à Justiça”, não encontra um pacífico *locus* que permita determinar o efetivo início da abordagem.

Tal assertiva encontra guarida em questões mais profundas que retroagem a origem da própria existência humana. Afinal, de onde veio o ser humano? Ou, somente se concebe a conservação da Justiça entre os homens?¹⁰

Percebe-se, de pronto, que a situação-problema miscigena inúmeras teorias lastreadas em princípios científicos ou de percepção cognitiva que são construídas para permitir que a razão humana compreenda os fenômenos e, dentre nós, os sociais.

Por esta ótica, concebem-se assertivas como norteadoras de verdades que permitam um início seguro para as pesquisas como, por exemplo: não existe sociedade sem homens (*ubi homo ibi societas*) e para que haja a convivência harmônica entre os indivíduos é necessária a formulação de regras (*ubi societas ibi ius*).

As duas assertivas permitem a construção de um silogismo básico: a sociedade é composta por homens; os homens necessitam de regras; logo, a sociedade necessita de regras. Eis o fundamento para o início do estudo: a íntima relação entre o homem, a sociedade e o Direito, sempre perquirindo os valores

¹⁰ A impossibilidade de uma resposta irrefutável permite a valoração do tema por inúmeros caminhos: uns científicos, como a Teoria Evolucionista pautada na seleção natural formulada por Charles Darwin; outros, religiosos de origem judaico-cristão tal qual descrito no “Livro do Gênesis” (primeiro livro bíblico que, portanto, integra o Pentateuco) em referência ao primeiro casal criado por Deus: Adão e Eva; e, ainda, os mitológicos como o mito da criação nórdica que credita a Ask e Embla (dois troncos de árvores levados a vida por Wotan, Vili e Ve) a condição de primeiro casal a povoar a Terra.

[morais] das regras de convivência no sentido de se firmar um sentido para a “Justiça” numa visão humana.

1.1.A. Do individualismo ao sentimento coletivo

A constatação de que as sociedades são compostas por homens que necessitam de regras para que haja o convívio social harmônico, se desdobra da própria percepção natural do indivíduo, tanto quanto a indispensabilidade da intermediação para solução, nos limites das regras, dos conflitos.

Estas palavras iniciais nos lançam no momento em que o homem percebeu que as suas necessidades eram maiores do que ele, por si só, poderia satisfazer; e, a forma encontrada para solver o problema, foi a busca de seus pares para que a relação pudesse estender sua zona de conforto (dir-se-ia, por exemplo, o surgimento do escambo ou a divisão do trabalho): dar-lhe o que ele considerava indispensável, mas que não podia conseguir por si¹¹.

A prática, no entanto, viu a boa constatação do senso de coletividade esbarrar nos sentimentos individuais que se desdobrou no fenômeno dos conflitos sociais. Surgia a autotutela¹² como mecanismo hábil – mas não eficiente – de solver o conflito.

Por certo, a autotutela enfraqueceu os núcleos sociais, seja porque gerou o aumento de embates que diminuiu o número de indivíduos quantitativa (por óbitos) e qualitativamente (por mutilações incapacitantes), seja em função do medo instaurado como reflexo psicológico da ausência de controle no uso da força¹³.

¹¹ Consagra-se a idéia irrefutável de que o homem é um ser gregário e, por isso, somente se realiza em sociedade (*zoon politikon*): “é evidente que o Estado [*rectius*, Cidade] é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, uma animal político”; e complementa afirmando: “é evidente que o homem é um animal mais político do que as abelhas ou qualquer outro gregário. A natureza, como se afirma freqüentemente, não faz nada em vão, e o homem é o único animal que tem o dom da palavra.”. ARISTÓTELES. A Política. In, “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural; 2000; p. 146

Nota pessoal necessária por convicção de que o sentimento de Estado - enquanto sociedade politicamente organizada – somente fora idealizado após a obra “O Príncipe” (1513), de Nicolau Maquiavel.

¹² A autotutela ou autojustiça era a medida de exercício da vontade mediante a qual o mais forte impunha ao mais fraco os seus desejos (vontades e interesses), quer por coerção física, quer moral ou psíquica

¹³ Basta mencionar a idéia de que o mais fraco é tão perigoso quanto o mais forte fisicamente, uma vez que pode maquinizar e tramar represálias e vinganças (p. ex., envenenamento, homicídio durante o repouso noturno, etc.).

Da aplicação da autotutela surgiram duas características marcantes: “a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes a outra.”¹⁴

A conclusão de que a autotutela não seria o mecanismo mais eficaz para solver os conflitos de interesses fez surgir à variável da autocomposição amparada, primeiro, no diálogo (perceptível via desistência, submissão ou transação); e, depois, frustrada a inicial, na intermediação de um terceiro capaz de instar as partes ao debate “civilizado” (evolução das relações via mediação, conciliação e arbitragem).

O caminho natural foi à identificação do “poder” de compor os conflitos sociais em vias de permitir o convívio social harmônico, o que se fez com a centralização do *ius puniendi* em mãos do “governante”. Surgia a figura da jurisdição tomada nos limites do “dizer o direito”.

1.1.B. Jusnaturalismo: virtude, dogma e vontade

A discussão sobre o direito fortalecida pela centralização do poder de dizê-lo auspiciou inúmeras formas de sua constituição, dentre elas a doutrina responsável por analisar as condutas inatas ao ser humano, representada por comandos incorporados à própria existência do homem, portanto pautada em conhecimento empírico e animal imanente à própria natureza humana, cuja conclusão evidente enveredou por duas searas: a um, que os homens realmente pendem a uma associação (sentimento inato); e, a dois, que esta associação guarda uma estreita ligação com leis transcendentais que defluem da essência do indivíduo. A este fenômeno se convencionou chamar de jusnaturalismo.

De início, insta ressaltar que não se concebe o estudo linear do jusnaturalismo, haja vista que inúmeras variações foram consignadas sempre em reminiscência ao momento histórico de sua racionalização que influíram na visão sobre a relação: homem, sociedade, direito e justiça.

¹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993; p. 25.

Assim, a proposta se cinge a apresentar três “momentos” que tiveram real influência no sentimento moderno da “crise da justiça”, a saber: a gênese greco-romana, o naturalismo teológico e o contratualismo jurídico.

1.1.B.1. Gênese Greco-Romana

Falar em primórdios do jusnaturalismo¹⁵ é conclamar o pensamento de Aristóteles ao debate, haja vista que a ele é creditada a paternidade dos fundamentos originários aflorados, no século IV a.C., em várias passagens de sua vasta produção intelectual, como se abstrai, por exemplo, de “Ética a Nicômaco”¹⁶ quando explica a justiça política como desdobramento de uma “parte natural” e outra “parte legal”, em que (...)

“(...) A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas), e também todas as leis promulgadas para casos particulares (como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas), e as prescrições de decretos.”¹⁷.

Na construção de seu pensamento, o filósofo apega-se a racionalização sobre a virtude¹⁸, sendo que lança a justiça como a mais completa das virtudes, especialmente quando compõe a lógica partindo dos opostos em vias de perquirir o “meio-termo” capaz de equilibrar (igualar) as condutas.

“(...) a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de

¹⁵ Há que se reservar, nesta afirmação, a discussão se efetivamente o jusnaturalismo foi concebido no pensamento aristotélico ou, se apenas a identificação de uma justiça natural que, mais adiante, repensada pelos estóicos fora concebida sobre outro fundamento que se desdobrou no jusnaturalismo. Ao nosso sentir, a discussão pertence a abordagem filosófica que não nos interessa nesta pesquisa, mesmo porque a solução mais simples, por ora, para esta questão seria a outorga da acepção da palavra “direito” como “justiça”.

¹⁶ “Ética a Nicômaco” é considerada a principal obra de Aristóteles sobre a ética, mormente por firmar seu pensamento sobre o sentido de “meio-termo” (mediania) que igual as coisas.

¹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. 3 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008; p. 117.

¹⁸ Qualidade individual de cada um.

modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. (...)”¹⁹.

Para melhor compreensão passa a questionar certos fenômenos sociais como a probidade, de sorte que se teria o homem probo como justo; ao passo que o ímprobo seria considerado injusto – há que se perceber o caráter individual e virtuoso da afirmação²⁰.

Este pensamento pré-existente orientaria a criação das leis com o sentido (dentre tantos) de educar as pessoas sobre as condutas virtuosas para que praticassem os atos justos; em detrimento dos vícios que fundeariam os atos injustos²¹.

Como legítimo representante da filosofia estoíca, Marco Túlio Cícero, nacionaliza, na Roma do século 1 a.C., o pensamento jusnaturalista, apegado ao pensamento aristotélico originário, como dá ciência sua obra “*De Officiis*” (Dos Deveres).

Qual pese a escolha pelo viés do civismo e da moralidade, Cícero deixa transparecer sua simpatia a vertente naturalista ao elencar o entrelace entre a verdade, a liberdade e a honestidade, como mecanismo hábil para justificar a essência do homem.

Em suas lições, explica que todo ser vivo é dotado de “aptidão inata de conservação, para defender seu corpo e sua vida, para evitar o que danifica, para procurar todo o necessário com que viver, o alimento, o abrigo e outras coisas dessa espécie”²², sendo certo que a distinção se dá, entre o homem e o animal, pelo embate entre o mero sentido e a razão.

Nesse caminho, o animal vive exclusivamente o momento (presente) notadamente por sua vinculação aos sentidos, enquanto que o homem, valendo-se da razão, consegue traçar parâmetros entre o passado e o presente; e, por conseguinte, cuida de dimensionar o futuro.

Dessa premissa vinculativa do homem à razão é que Cícero formulou sua visão naturalista da sociedade, apegando-se a relação do homem com seu semelhante, conforme se abstrai do trecho:

¹⁹ Aristóteles, op.cit., *Ética a Nicômaco*, p. 103.

²⁰ *Ética a Nicômaco*, Livro V, Capítulo 2.

²¹ *Ética a Nicômaco*, Livro V, Capítulo 2.

²² CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret: 2004; p. 34.

“É também recorrendo à razão que a natureza aproxima o homem do homem, fazendo-os dialogar e viver em comum. Inspirando-lhe especial ternura pelos filhos, fazendo-os desejar reuniões e conservar a sociedade em si: por esses motivos ela os entusiasma a procurar todo o necessário para a conservação e comodidades da vida, não somente para si mesmos, como para sua mulher, seus filhos e todos aqueles que eles amam e devem proteger. Estes cuidados trazem o espírito acordado, tornando-os mais capazes de atuar.”²³

Insta destacar que esta visão de vinculação do homem ao corpo social é devida à vontade de perquirir a verdade, o que se dá com o exercício da razão que eclode sobre o conhecimento das coisas.

Ademais, a busca da verdade afasta o homem da dependência de outros, fazendo brotar a essência da liberdade como derivada da natureza humana²⁴, sendo certo que a própria essência humana o conduz ao significado de ordem, pelo evidente senso de respeito às leis em prol da observância do interesse comum.

Assim, na busca despojada da verdade limitada apenas pela natureza do próprio homem (razão, liberdade e ordem), esse atingiria a honestidade, no seguinte sentido:

“A honestidade consiste em descobrir a verdade pela astúcia do espírito, ou em manter a sociedade humana dando a cada um o que é seu e observando fielmente as convenções; encontra-se, ainda, ou na nobreza e força da lam indômita e inquebrantável ou nessa ordem e medida perfeita das palavras e ações, resultando daí a moderação e o comedimento.”²⁵

Parece acertada a visão de que as duas doutrinas defendiam a percepção e conservação do sentimento puro individual (virtude e/ou deveres) como algo bom e gerenciador das relações sociais positivas, de sorte que a justiça brotaria do seio da sociedade como um reflexo inato das boas condutas inspiradas na virtude.

²³ Cícero, op.cit., p. 34, nota 2.

²⁴ Fundamenta-se a afirmação com o trecho: “nesse amor à verdade encontramos certo anseio de independência, fazendo o homem bem nascido não desejar obedecer ninguém (...)”. Cícero, op.cit., p.35.

²⁵ Cícero, op.cit., p. 35, nota 2.

1.1.B.2. Naturalismo teológico

A expressão “naturalismo teológico” surgiu com a influência cristã na sociedade romana, cuja primeira manifestação foi sentida no pensamento de Agostinho de Hipona (popularmente conhecido como Santo Agostinho), isto por volta dos séculos IV e V da Era Cristã.

Em Agostinho observa-se a nítida distinção do mundo (*“De Civitate Dei”* – “A Cidade de Deus”) em dois planos: um referendado a Deus e as coisas que lhe são conexas; e, outro, dedicado ao homem e suas imperfeições. Destarte, os opostos - tais como: a concepção do bem e do mal; lei e pena - seriam fenômenos naturais.

A visão tomista construída por Tomás de Aquino, no século XIII d.C., é mais profunda e deixa nítida a defesa do império da religiosidade sobre as relações humanas tomadas em sociedade que seriam fruto das inspirações divinas.

Nestes termos, acrescia-se claramente o tempero do transcendentalismo ao debate sobre as forças constitutivas do fenômeno da justiça, facilmente perceptível na “Súmula Contra os Gentios”:

“Uma vez que em Deus há duas espécies de verdades, algumas das quais são acessíveis à nossa inteligência e outras ultrapassam totalmente as nossas capacidades, é justo que Deus proponha como objetos de fé tanto umas como outras. (...) Começemos por demonstrar isto, com referência às verdades que são acessíveis à nossa razão natural. Com isto daremos uma resposta àqueles que consideram inútil a transmissão de tais verdades como objetos de fé por via de inspiração sobrenatural, de vez que tais verdades nos são conhecidas através de nosso próprio conhecimento natural.”²⁶

E complementa:

“O segundo inconveniente que surgiria, caso Deus não houvesse revelado sobrenaturalmente as verdades que, em si, são acessíveis à razão natural, consistiria no seguinte: os homens que chegassem à descoberta de tais verdades só o conseguiriam com dificuldades e após muito tempo de busca. Isto, devido à profundidade desta verdade, profundidade que só se consegue compreender pela

²⁶ AQUINO, Santo Tomás. *Súmula Contra os Gentios*. Trad. Luiz João Baraúna. In, Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000; p. 136.

simples razão natural, se a inteligência humana se capacitar para isto mediante um longo tirocínio; (...)"²⁷.

Percebe-se, pois, que a relação homem, sociedade, direito e justiça, passa a experimentar uma variável que seriam as verdades irrefutáveis consagradas nos dogmas religiosos fundados na fé, que, embora não compreendidos pelos homens, deveriam ser cumpridos. Eis o traço característico: a defesa do transcendental.

1.1.B.3. Contratualismo jurídico

Os séculos XVII e XVIII da era Cristã foram marcados pelo movimento de valoração do ser humano em detrimento dos demais fenômenos, cuja repercussão filosófica indubitavelmente seria sentida; mormente pela separação real e efetiva entre as coisas dos homens e as divinas, fundamento último para a defesa da laicização que serviria de justificativa para a conservação do poder político sobre o qual se assentaria o Estado moderno (os limites serão analisados adiante) em mãos do povo (justificativa da democracia sobre nova leitura da construção das sociedades politicamente organizadas concebidas em idos do século XVI).

A afirmação é tão verdadeira que a própria justificativa sobre a origem da sociedade e os seus vínculos de conservação passaram a ser reavaliados e firmados sobre outros fundamentos.

Por esta lógica, embora ainda se aceitasse que o homem é um ser gregário, passou-se a negar que a sociedade seria fruto de um impulso associativo natural; para dar lugar a idéia de que a sociedade somente seria criada por vontade direta dos indivíduos que se vinculariam a ela mediante um contrato hipotético formulado, de per si, em favor da “paz” coletiva.

A conclusão, no entanto, partiu de origens distintas até convergir para esta realidade, tal qual se extrai da síntese dos pensamentos de Thomas Hobbes, John Locke, Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu) e Jean-Jacques Rousseau.

²⁷ Aquino, op.cit., p. 137.

De Hobbes²⁸, no “Leviatã”, abstrai-se a idéia de que o homem é anti-social em sua essência, haja vista que o sentimento de igualdade leva a discórdia, seja pela competição, desconfiança ou busca da glória²⁹; e, esta, leva a uma guerra de todos contra todos, cuja pacificação adviria da elaboração de leis fruto da razão humana tendentes a impor limites às condutas³⁰.

Em “Dois Tratados sobre o Governo Civil”, Locke³¹ defendeu a necessidade de instauração do contrato social como mecanismo hábil de construção de uma sociedade política ordenada, capaz de resolver e pacificar eventuais conflitos sociais que derivassem das relações humanas; muito embora o homem lockiano buscasse a paz, a concórdia e a harmonia, em remissão direta ao instituto da *property*³².

O “Espírito das Leis” de Montesquieu³³ dá lições irrefutáveis sobre a necessidade de elaboração de leis para regulamentação das relações, de sorte que mesmo antes da constituição das sociedades os homens já estariam sob a égide de leis naturais (v.g., a paz como a primeira delas).

Ao sustentar o primoroso pilar da liberdade, Rousseau³⁴, em “O Contrato Social”, firma a idéia de que o homem é autônomo [no exercício de sua

²⁸ PIRES, Alex Sander Xavier. *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*. Rio de Janeiro: S/Ed., 2009; pp. 33/36.

²⁹ “A primeira leva os homens a atacar os outros visando o lucro. A segunda, a segurança. A terceira, a reputação. Os primeiros praticam a violência para se tornar senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos dominados. Os segundos, para defendê-los. Os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente endereçado as suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, amigos, nação, profissão ou seu nome.”. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003; p. 98.

³⁰ “As leis naturais – como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam – por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e as coisas semelhantes. Os pactos, sem a força, não passam de palavras sem substância para dar qualquer segurança a ninguém. Apesar das leis naturais – que cada um respeita quando tem vontade de respeitar e fazer isso com segurança, se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros.”. Hobbes, op.cit., p. 128

³¹ Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, pp. 36/38.

³² “Contudo, como qualquer sociedade política não pode existir nem subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade e, para isso, castigar as ofensas de todos os membros dessa sociedade, haverá sociedade política somente quando cada um dos membros renunciar ao próprio poder natural, passando-o às mãos da comunidade em todos os casos em que não lhe impeçam de recorrer à proteção da lei por ela estabelecida.”. LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo Civil*. Tradução: Cid Knipell Moreira. Londres: Everyman’s Library, 1966; p. 131.

³³ Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, pp. 38/41.

³⁴ Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, pp. 41/44.

vontade]³⁵ para conservar, modificar ou instaurar uma sociedade (senso de conservação próprio); mas, defende o exercício da força como mecanismo de imposição de vontades³⁶.

Diferente dos defensores do naturalismo teológico, os contratualistas firmam sua base de análise na íntima relação entre as pessoas e as coisas, ou seja, eminentemente nas relações materiais e reais; pelas quais os indivíduos concordam em se submeter aos vínculos sociais e as leis como mecanismo de controle que somente a vontade, em suas inúmeras variáveis, pode justificar.

1.1.C. Constitucionalismo e Estado

A superação da casuística que recai sobre a alocação da justiça no trinômio: homem, sociedade e Direito; ganha novo elemento complicador quando se reconhece a existência do Estado enquanto sociedade politicamente organizada.

Daí é que aquele sentimento grego de *autarquia*³⁷ que suprimia a sensação de vazio deixado pela ausência da soberania³⁸; ou mesmo o fenômeno da *pax romana* de controle social mediante o exercício da força para conservar a paz; são relegados a mera reminiscência histórica fruto de seu momento referendado pela preocupação de distribuição do poder político (especialmente com sua não divisão).

Por certo, a queda do Império Romano renovou a idéia do exercício da força como mecanismo de conservação do poder por parte dos senhores feudais enclausurados em seus territórios centralizadores (feudos), cujo reflexo derivou na criação de teorias que justificassem o absolutismo; bem como determinou o

³⁵ “(...) finda a precisão, desprende-se o laço natural; isentos os filhos da obediência devida ao pai, isento este dos cuidados que requer a infância, todos ficam independentes.”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002; p. 24.

³⁶ “Se o homem não tem poder natural sobre seus iguais, se a força não produz direitos, restam-nos as convenções, que são o esteio de toda a autoridade legítima entre os homens”. Rousseau, op.cit., p. 26.

³⁷ Ou, autocracia, conforme redação dependente do contexto e tradução.

“A Antiguidade e a Idade Média não a conheceram [soberania]. Os gregos e os romanos conheceram, na verdade, a autarquia. (...) a autarquia constitui uma condição indispensável pela qual o Estado realizava os seus fins de uma forma perfeita, sem depender de qualquer auxílio externo.”. PAULA, Vera Cecília Abagge de. *Aspectos do Relativismo da Soberania: Contribuição ao Estudo*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, América do Sul, 33 7 07 2005; p. 125

³⁸ Os antigos não conheceram a soberania. Neste sentido: Paula, op. cit, p. 125; e, FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a Nuestros Días. Madrid: editorial Trotta, 2001; p. 29/30.

ambiente propício para que as idéias transcendentais de poder firmassem suas raízes.

Neste ambiente, Tomás de Aquino implementou sua visão própria e individual da dicotomia entre a essência e a existência que eclodiu positivamente para o movimento de cristianização de Aristóteles e, com o sucesso, passou a representar a base das teorias tomistas³⁹, que repercutiu na seara do jusnaturalismo (visto alhures).

O resultado prático foi o fortalecimento da verdade fundante do *Omnis potestas a Deo* que justificava as teorias teológicas de manutenção do poder. Afinal, se Deus criou o tudo e o nada, se o que existe advém da bondade e da vontade divina, obviamente os fenômenos de poder também partem da mesma premissa: Deus criou o poder e definiu quem iria utilizá-lo.

Ademais, se com Aristóteles o mundo passou a reconhecer o fenômeno da autarquia e, com Tomás de Aquino, a legitimação divina da titularidade do poder; foi com Filipe IV da França que se passou a conviver com a idéia de submissão da Igreja ao Estado, bem como a extensão da construção hierárquica mediante a qual o sistema feudal passava a render louvores ao rei, integralizando o seu poder.

É de bom tom destacar que a primeira premissa adveio da luta externa travada contra o papa Bonifácio VIII que lhe rendeu a independência do domínio eclesiástico (ratificação da supremacia da força do rei sobre a Igreja); já, em domínio interno, sofreu com os embates contra os barões feudais que, ao seu modo, detinham um conceito todo pessoal de soberania.

Paulatinamente, é bem verdade, os barões feudais começaram a se entregar ao domínio do rei. Primeiro, por imposição do medo (os mais fracos se rendiam em troca de proteção e apoio); depois, pelo exercício da força (conquistas militares e submissão dos vencidos); e, por fim, a própria compra de terras. O resultado prático foi o reconhecimento do rei da França como “o suserano dos suseranos”, bem como da outorga do título de primeiro soberano moderno⁴⁰.

³⁹ “O ponto de partida para a construção do tomismo – e a conseqüente cristianização de Aristóteles – parece residir na hábil transformação que Santo Tomás operou na distinção aristotélica entre essência e existência. (...) Apenas em Deus haveria identidade entre essência e existência. Deus existe por si só e Ele mesmo teria se revelado a Moisés afirmando: ‘Eu sou aquele que sou’”. MATTOS, Carlos Lopes de. *Tomás de Aquino: Vida e Obra*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000; p. 8.

⁴⁰ Por este aspecto, bem dispõe Vera Cecília de Paula: “Percebe-se que a França, mais do que qualquer outra potência, pinta o drama histórico que gerou o conceito de soberania, que vai-se formando, (...), com a vitória do

Em síntese, este movimento legou o aspecto histórico de soberania e, passo seguinte, permitiu que o aspecto jurídico, fruto da análise efetiva deste fenômeno, começasse a ser idealizado.

Eis o ambiente propício para se discutir a questão do [surgimento do] Estado...

Por conseqüência, quando se mencionam os aspectos históricos e a convergência para a visão jusfilosófica, não se pode distanciar das lições trazidas por Nicolau Maquiavel, especialmente do que se abstrai da célebre obra “O Príncipe” (1513), bem como de trechos de suas “Cartas a Francesco Vettori” (13 de março de 1513 e 10 de dezembro de 1513), de onde brota, em extensão, a adoção da palavra Estado como derivado do vernáculo latino *status*, cuja acepção recai sobre a figura de “estar firme”, “algo realmente sólido”.

De “O Príncipe”, inicia o florentino destacando, já no Capítulo I, que o Estado forte tem que saber combater a anarquia⁴¹, exercendo o domínio, quer por principados, quer por repúblicas, sendo certo que:

“Todos os Estados, os domínios todos que já houve e que ainda há sobre os homens foram, e são, repúblicas ou principados. Os principados ou são hereditários, e têm como senhor um príncipe pelo sangue, por longa data, ou são novos. Os novos são inteiramente novos, como o é Milão com Francesco Sforza, ou são como membros juntados a um Estado adquirido, por herança, por um príncipe, como o é o reino de Nápoles ao rei da Espanha. Domínios assim recebidos são ou acostumados à sujeição a um príncipe ou livres, e adquiridos com tropas alheias ou próprias, pela fortuna ou pelo mérito.”⁴². (“O Príncipe”, Cap. I – De quantas espécies são os principados e quantos são os modos pelos quais se conquistam)

Ademais, já dizia o pensador, em sua Carta a Francesco Vettori de 10/12/1513, que sua área de concentração cingia-se a análise do Estado, figura que

Rei sobre o Imperador e o Papado de um lado, e de outro, sobre os barões feudais(...)”; continua afirmando que “(...) Observa-se que o feudalismo conheceu uma soberania, a territorial, mas não a soberania que conhecemos hoje(...)”. Paula, op.cit., p. 127.

⁴¹ Bem diz Maria Tereza Sadek: “Maquiavel sugere que há basicamente duas respostas à anarquia decorrente da natureza humana e do confronto entre os grupos sociais: o Principado e a República. A escolha de uma ou de outra forma institucional não depende de um mero ato de vontade ou de considerações abstratas e idealistas sobre o regime, mas da situação concreta.”. SADEK, Maria Tereza. *Nicolau Maquiavel: O Cidadão Sem Fortuna, O Intelectual de Virtú*. Em, Os Clássicos da Política. Organizador: Francisco C. Weffort. São Paulo: Editora Ática, 1991; p. 20.

⁴² MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução: Olívia Bauduh. Rio de Janeiro: Editora Abril Cultural, 2000; p. 37.

concebera a partir do “diálogo” interno e reservado com os “grandes homens do passado”, bem como da experiência comum arregimentada da percepção advinda de informações colacionadas do convívio social na hospedaria de onde chegavam notícias de todos os cantos da Europa; e, isto, já se lhe consumia quinze anos de existência⁴³.

A mencionada idéia veio a reforçar a afirmação pretérita e mais explícita que fora divagada em missiva anterior datada de 13/03/1513, em que afirmara que “O destino determinou que eu não saiba sobre a seda, nem sobre a lã; tampouco sobre questões de lucro ou de perda. Minha missão é falar sobre o Estado. Será preciso submeter-me à promessa de emudecer, ou terei que falar sobre ele.”⁴⁴.

Pois bem, há que se entender que Maquiavel se preocupou mais com o fenômeno de constituição e manutenção do poder, do que, propriamente, com este em si. Em síntese, cuidou do *status*, olvidando-se da *superanus*⁴⁵.

A premissa encontra guarida na análise isolada da *verità effettuale*, da *virtú* e da *fortuna*, como mecanismos de análise e erradicação do poder, mas não sua subjetividade em si; premissa esta que faz aflorar o sentimento ambíguo dos “fins justificam os meios”⁴⁶, uma vez que “se um príncipe é dono de tanto poder, em seu Estado, a ponto de preservar-se por si mesmo, quando preciso; ou se precisa contar com o apoio de outros.”⁴⁷ (“O Príncipe”, Cap. X – Como medir as forças de todos os principados).

Contemporâneo de Nicolau Maquiavel, Jean Bodin, em sua clássica obra “Os Seis Livros da República” (1576), distanciou-se de seu precursor ao se dedicar a análise do fenômeno de poder sobre a constituição da “sociedade política”, em detrimento da própria figura do Estado.

⁴³ “(...) nos quinze anos em que estive estudando a arte do Estado, não os dormi, nem brinquei; e a cada qual deveria ser caro valer-se daquele que à custa de outros tivesse muita experiência.”. MAQUIAVEL, Nicolau. *Carta de Maquiavel a Francesco Vettori – 10/12/1513*. Tradução: Olívia Bauduh. Rio de Janeiro: Editora Abril Cultural, 2000; p. 157.

⁴⁴ Sadek, op.cit., p. 17.

⁴⁵ Proposta de jogo de palavras que faz convergir a etimologia da palavra soberania ao seu termo latino.

⁴⁶ “O político de virtú na chefia dos Estados é um momento breve e excepcional, e somente a ele os homens isentam de culpa pelo uso de meios indiscriminados, em conjunturas de grave perigo para a comunidade. Disso deriva que a estabilidade política depende de boas leis e instituições, pois o poder puramente pessoal degenera facilmente em tirania e instabilidade. O homem providencial jamais é um tirano. Sua heroicidade realiza-se no plasmar a forma conveniente para a matéria, que é o povo. Ele institucionaliza a ordem e a coesão social, quer em regimes republicanos, quer em principados, dependendo das circunstâncias.”. MARTINS, Carlos Estevam. *Nicolau Maquiavel: Vida e Obra*. Em, MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução: Olívia Bauduh. Rio de Janeiro: Editora Abril Cultural, 2000; p. 22.

⁴⁷ Sadek, op.cit., p. 77.

Por conseguinte, se credita a Bodin a paternidade, ainda que embrionária, do nome soberania, quando determinou que este poder do Estado seria absoluto e perpétuo, o que o lançaria ao aspecto de “superlativo absoluto”⁴⁸, haja vista que se assentava acima de todos e de tudo.

Das características dessa definição do poder como constitutivo do Estado, abstrai-se que se trata de absoluto e perpétuo. Por absoluto, há que se entender que versa sobre o poder incondicionado às aspirações humanas, encontrando limitações, apenas, nas leis divinas e naturais⁴⁹; e, por perpétuo, há que se conceber que a soberania não estaria limitada pelo critério temporal, é ela para sempre, independente de quem assuma a figura de “governante”.

Observa-se, pois, que Bodin defende a existência de um poder delegado pelo povo ao governante que o permite ser alçado à condição de superposição perante os cidadãos⁵⁰, a ponto de, ao mesmo tempo, lhe pertencer, mas não se esgotar em si. O governante passa, mas o poder fica.

Pois bem, a lógica começava a ser delineada...

A experiência de constituição do “Estado Absolutista Francês” como resultado do reconhecimento das bem sucedidas políticas externas empreendidas

⁴⁸ “Foi Bodin quem, muito embora, de forma embrionária, adotou o termo soberania, utilizando-o em sua obra *Les Six Livres de la Republique*. Entendeu Bodin, naquela ocasião, que soberania era o poder absoluto e perpétuo do Estado. ‘Poder acima dos homens e dos súditos e, mesmo acima da lei’. Foi ele quem deu a soberania uma sistematização, um desenvolvimento em seu estudo, aí está o seu mérito. Com os estudos de Bodin, seu maior sistematizador, ganha a soberania um aspecto de superlativo absoluto.”. Paula, op.cit., p. 127.

⁴⁹ “Se dissemos que tem poder absoluto quem não está sujeito às leis, não se encontrará no mundo príncipe soberano, posto que todos os príncipes da terra estão sujeitos às leis de Deus e da natureza e às leis humanas comuns a todos os povos. E, ao contrário, pode ocorrer que um dos súditos se encontre dispensado e isento da autoridade das leis, ordenanças e costumes de sua República e, nem por isto, será príncipe soberano”; e complementa, “é necessário que quem seja soberano não se encontre de modo algum submetido ao império de outro e possa dar a lei aos súditos e anular as leis inúteis; isto não pode ser feito por quem está sujeito às leis ou a outra pessoa. Por isso, diz-se que o príncipe está isento da autoridade das leis. O próprio termo latino lei implica no mandato de quem detém a soberania.”. BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Livro I. p. 190/191, *apud*, RISCAL, Sandra Aparecida. *O conceito de soberania em Jean Bodin: um estudo do desenvolvimento das idéias da Administração Pública, Governo e Estado no século XVI*. Tese de Doutorado defendida em junho de 2001, perante a Faculdade de Educação da universidade Estadual de Campinas. Orientadora: Raquel Pereira Chainho Gandini; p. 204/205.

⁵⁰ “Entretanto, era através dos *Les Six Livres de la Republique*, publicados pela primeira vez em 1576, que Bodin conquistava enorme notoriedade no campo político, sobretudo pela sistematização da teoria da soberania, definida como o mais elevado, absoluto e perpétuo poder sobre os cidadãos de uma república, independente de qualquer conotação religiosa. Suas marcas eram: o poder de legislar, de decretar a guerra e a paz, de nomear magistrados, julgar apelações, conceder indultos, receber homenagem, cunhar moeda, regular pesos e medidas e impor tributos. Bodin considerava a soberania absoluta uma implicação direta do conceito de Estado, preocupando-se em definir o que seria a ‘majestade’ através do exame dos conceitos de Estado e de supremacia política, considerados em si mesmos, e não pelo desenvolvimento histórico do direito, que era então sistematizado em âmbito nacional, francês, particularizando-se em relação ao direito romano.”. MONTEIRO, Rodrigo Bentes. Em, *Revista Tempo*. Departamento de História da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2003, p. 163.

por Filipe IV da França, especialmente pela submissão do poder da Igreja ao poder do Rei, bem como as divagações de relacionamento íntimo sobre a manutenção do poder (relação do Estado com seu governante) promovida por Maquiavel e a análise arquimédica de Bodin sobre a supremacia do poder inclusive sobre o governante, permitiram a expansão do pensamento que eclodiu com uma nova visão sobre o conhecimento, sintetizada pela questão: aonde se aloja o homem?

É bem verdade que o povo sempre foi parte integrante do jogo; mas, exclusivamente, como peça acessória – afinal, qual seria a relação entre o homem e o povo⁵¹? – desta casuística, viu-se o ambiente propício para se rediscutir a participação popular no fenômeno de poder, a ponto de Böckenförde destacar:

“(...) En los teóricos del Derecho racional, la idea determinante fue la de que la justificación del dominio político tenía que derivarse de la autonomía y la autodeterminación de los individuos, con independencia de las autoridades existentes. La autodeterminación individual se transformó, por medio de la figura del contrato de sociedad y de gobierno, en un poder social a cuya disposición quedaba también el objetivo, la razón de ser de la fundación del Estado y de la organización de este.”⁵²

Em síntese, a dissolução do Estado Medieval e a constituição do Estado Moderno se desdobram em quatro fenômenos: a idéia Maquiavélica de Estado, a concepção de soberania idealizada por Bodin, o rechaço a exploração individual do indivíduo e o surgimento do sentimento de povo enquanto detentor do poder político; cuja repercussão é o reconhecimento de um Estado superior à vontade do governante (extensível a qualquer pessoa) e que impõe limites às condutas e ao exercício do próprio poder. Sobre o fenômeno esclarece Bobbio:

“A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no

⁵¹ Como mero exemplo, discuta-se a figura da escravidão que, na prática, afasta a qualidade de ser humano do indivíduo para relegá-lo a condição de “bicho” (qualidade do animal irracional). Daí, em extensão, como qualificar a dominação política proposta por Aristóteles sobre os ditos “escravos”?

⁵² BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estúdios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000; p. 48.

sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária.”⁵³.

1.1.C.1. Tripartição de funções, Estado de Direito e positivismo

Outra acepção dada ao Estado é a sua expressão qualificadora “de Direito” que, em verdade, surgiu como desdobramento da própria efetividade histórica e jurídica do Estado moderno, mormente quando se concebeu a tripartição das funções do Estado em vias de se permitir o bom exercício do poder político em favor de seu legítimo titular.

Sobre o tema, não se pode olvidar em rediscutir a célebre obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu, pelo qual se idealiza o exercício do poder pelas três funções do Estado, em vias de se conservar o mecanismo de poder em favor do povo, bem como se pugnar pela satisfação das necessidades coletivas.

Insta destacar que a tripartição de poderes tem interesse direto na formação dos Estados por pelo menos dois elementos: preserva a democracia (exercício e estrutura do poder) e justifica a intenção do exercício do poder constituinte (formação do Estado, gestão dos interesses públicos e criação dos poderes constituídos).

De início, há que se lembrar que a tripartição de poderes, nos exatos limites propostos por Montesquieu no Livro XI da obra “Do Espírito das Leis”, serve como mecanismo hábil para equilíbrio do exercício do poder político sobre o qual se assenta o Estado⁵⁴.

Vale destacar que a solução central deriva da idealização de um poder moderado capaz de conservar incólumes as funções essenciais do Estado, de

⁵³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, et al. São Paulo: Ícone, 2006; p. 27.

⁵⁴ Assevere-se sobre o tema, o Livro Décimo-primeiro da obra “Do Espírito das Leis”, em que Montesquieu, sob o pálio de discutir a “Constituição da Inglaterra”, dá lições de como conservar incólumes os três poderes, mediante a “independência” e a instauração de governos moderados. Vale mencionar um fragmento que bem apresenta o tema: “Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares. (...) Na maior parte dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que tem em mãos os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro.”. Montesquieu. *Do Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004; p. 166.

sorte que cada uma deveria ser gerida por pessoas – ou grupo de pessoas distintas⁵⁵ –, em vias de coibir atos tirânicos ou despóticos e, por conseguinte, pudesse-se conservar a liberdade dos indivíduos.

Deste pensamento surgiu a idéia de independência e harmonia entre as três funções (criar leis, cuidar da administração pública nos limites das leis instituídas e julgar) que devem se amalgamar de tal sorte que satisfaçam aos anseios da sociedade nos estreitos limites dos direitos instituídos pela Constituição.

Observe-se que, pelo mesmo fenômeno que institui o poder moderado mediante a tripartição de funções para seu exercício, a Constituição também impõe limites ao exercício destas funções. Eis porque se diz que o poder constituinte (criador por natureza) dá vida aos poderes constituídos - executivo, legislativo e judiciário (criaturas).

Neste sentido, incumbe à função executiva cuidar da administração pública, a função legislativa exercer a legiferação e a função judiciária primar pela jurisdição. Assim, exercidas as funções estatais tal qual a Constituição idealizara, consagra-se que o Estado estaria sob o domínio de leis que seriam suficientes para impor limites à conduta do próprio Estado, ou seja, “os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam”⁵⁶.

Destas premissas surge a conclusão lógica de que o simples fato do Estado ser limitado por leis que são postas por seu corpo legislativo (enquanto competência originária), já demonstra a sua vinculação com o positivismo jurídico.

1.1.D. Juspositivismo: pureza do Direito no sentido de Ciência

A visão do século XVIII, remodelada no posterior, serviu para fortalecer a premissa de que o povo deveria ser o titular do poder político do Estado Democrático; mas, também, que os Estados deveriam ser fundados por Lei superior

⁵⁵ “Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (...) Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”. Montesquieu, op.cit., p. 166.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995; p. 18.

as demais – portanto, de Direito -, de origem humana, racional e local, que permitisse a regulamentação dos demais poderes constituídos. Eis a razão que justificaria a existência do poder constituinte, a legitimação via transferência por voto do poder político (teoria da representação) e, especialmente, a supremacia da Constituição em face do ordenamento jurídico.

A construção do pensamento de sociedades fundadas em uma Lei Suprema, denominada Constituição, serviu de inspiração para a parte científica da formulação⁵⁷ da Teoria Pura de Direito de Hans Kelsen que passou a ser, desde a primeira edição europeia de 1934, de análise obrigatória quando a referência é o “Positivismo Jurídico”.

A priori, há que se destacar que a intenção não é a de apresentar toda a obra (o que seria demasiadamente auspicioso para esta tarefa); mas, tão-somente, de se apresentar três idéias que servem de sustentação para as lições de Hans Kelsen e se afiguram importantes para a lógica do presente estudo, a saber: a) a norma jurídica pertence à ordem social; b) a norma jurídica não se confunde com a norma moral; e, c) a consistência de uma norma hipotética fundamental.

Primeiramente, vale dizer que sua proposta parte da idéia rígida de libertação da ciência jurídica⁵⁸ dos elementos que não lhe são afetos⁵⁹ e, mais

⁵⁷ Basta acrescentar que Kelsen era judeu, com influências religiosas cristãs, vivendo em uma sociedade de segregação ancorada no regime nazista que passou a persegui-lo; ao mesmo tempo em que padecia com o estrangulamento advindo da Escola do “Positivismo Sociológico” (ou “Positivismo Filosófico”) dedicada a Augusto Comte – e em certa forma da doutrina da “Jurisprudência Sociológica” de Eugen Ehrlich - que impunha ao Direito a condição de submissão a sociologia.

A título de menção, vale destacar suas palavras no Prefácio da 1ª edição, sobre a questão da liberdade da “Ciência do Direito”: “(...) Na verdade, a teoria combatida não é de forma alguma algo assim de tão completamente novo e em contradição com tudo o que até aqui surgiu. Ela pode ser estendida como um desenvolvimento ou desimplicação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do séc. XIX. Ora, desta mesma ciência procedem também os meus opositores. (...)”.⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; p. XIII.

E, também, sobre a questão da perseguição, já justificadas no Prefácio seguinte: “Antepus a esta segunda edição o prefácio da primeira. Com efeito, ele mostra a situação científica e política em que a Teoria Pura do Direito, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos sociais por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram” - e prossegue - “É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.”⁵⁷. Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. XVIII.

⁵⁸ Antes de qualquer análise, há que se esclarecerem dois pontos angulares sobre a Teoria Pura do Direito: a) a relação entre a norma e a proposição jurídicas; b) a dicotomia entre os princípios da imputação e da causalidade.

Analicamente, pode-se afirmar que a proposição jurídica descreve uma norma jurídica, de sorte que se a norma jurídica prescreve a sanção que se deve aplicar contra os agentes das condutas ilícitas (caráter prescritivo e de essência legislativa); a proposição jurídica recai, justamente, sobre juízos hipotéticos que afirmam que dada à conduta descrita na lei, deve ser aplicada a sanção também estipulada na lei (caráter descritivo e de essência doutrinária). Kelsen, op. cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 79/83; e, COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001; p. 7/10.

adiante, renega, inclusive, qualquer valor de justiça que possa atentar contra a estabilidade (entenda o tratamento de validade) da norma jurídica⁶⁰. Deste pensamento justifica o uso da palavra “pura” em sua teoria⁶¹.

Definidos os limites de sua proposta, Kelsen se dedica a analisar a criação da norma, de sorte que reconhece a sociedade, enquanto representativa da convivência real e efetiva dos homens, como parte da natureza. Vale dizer que esta afirmação serve apenas para lastrear sua efetiva intenção de situar a conduta do homem e a repercussão de seu ato (constituição do fato e adequação a ordem social), não de se vincular ao jusnaturalismo (Kelsen é positivista convicto⁶²).

Portanto, somente a conduta – enquanto representativa do comportamento humano - é passível de reconhecimento normativo, ou seja, somente os atos do homem podem ser regulamentados em normas jurídicas⁶³.

A justificativa natural desta regulamentação acena no sentido de inseri-la em um contexto que envolva outras pessoas e permita o convívio social, de forma que passa a ordem normativa a ser considerada como verdadeira ordem social. Bem lembra Kelsen que:

Sinteticamente se diz que os princípios da imputação e da causalidade se distinguem basicamente pela natureza da conseqüência que esteja vinculada a certo pressuposto, de sorte que, dentro de juízos hipotéticos, se verificada a hipótese, então o conseqüente se verifica (princípio da causalidade, traço determinante das ciências causais e individualizado pela expressão: se A é, então B é) ou deve se verificar (princípio da imputação, denota as ciências normativas e é representado pela expressão: se A é, deve ser B). Referência: Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, pp. 84/102.

⁵⁹ “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental.”. Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 1.

⁶⁰ “Que a justiça não pode ser uma característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas resulta do caráter relativo do juízo de valor segundo o qual uma ordem social é justa. (...). Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 54.

E, complementa, “(...) O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva.”. Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 55.

⁶¹ O que usualmente gerou o denominado princípio da pureza, como bem menciona Tércio Sampaio: “(...) Kelsen propôs o que denominou princípio da pureza, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enforque normativo. Ou seja, o direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). Isso valia tanto para o objeto quanto para o método.”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Por que ler Kelsen, hoje*. Em, COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001; p. XV.

⁶² “(...) de modo geral, positivista tem sido considerado tanto aquele autor que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo estado, em contraposição às formulações jusnaturalistas e outras não formais, como o defensor da possibilidade de construção de um conhecimento científico acerca do conteúdo das normas jurídicas. Kelsen é positivista em ambos os sentidos.”. Coelho, op.cit., p. 18.

⁶³ Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 5.

“(...) ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente (...) prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis.”⁶⁴.

Este mecanismo de controle autoriza o uso da força que só é exercida quando incide a conduta proibida, o que lhe outorga a qualidade de exceção; para fazer valer os preceitos normativos contra quem se lhe ofender. Daí porque se diz que o Direito é uma ordem coativa, haja vista que é dotado da autoridade necessária para a prática de atos de coação, inclusive com a adoção de força física⁶⁵ que deve ser exercida independentemente da vontade do destinatário, em vias de repelir as situações indesejadas⁶⁶.

Vale dizer que o exercício da força faz aflorar a figura da sanção entendida no sentido de pena, sempre derivada da idéia de que se espera do homem o cumprimento do comando prescrito na norma e, na sua inobservância, desdobra-se a punição⁶⁷.

Após definir que a norma jurídica é uma norma social e que admite a coação mediante o exercício da força física, Kelsen trata de distinguir a norma jurídica (Direito) da norma moral (Moral).

A necessidade surge quando se admite que as duas normas se fundam em condutas e, portanto, seriam normas sociais⁶⁸; bem como cada uma guarda em si seu conteúdo de produção e de aplicação que, ao fim de sua criação, remonta a afirmação de que as normas jurídicas e as morais são positivas⁶⁹. Em face da complexidade, surge a dúvida: como distingui-las?

⁶⁴ Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 25.

⁶⁵ Insta destacar que Kelsen reconhece pelo exercício da força física a figura da segurança coletiva que advém, primeiramente, do fato de que os indivíduos ao tomarem conhecimento da eventual sanção (pressuposto de exercício da coação), apõem-se de forma mais zelosa no cumprimento dos preceitos trazidos pelas normas postas e, num sentido mais restrito, desdobra-se do monopólio da coerção que, em último grau, representa a instituição de órgãos estatais (v.g., “tribunais de competência obrigatória”). Nestas linhas, a segurança coletiva caminha no sentido da paz, muito embora “a paz do direito, porém, é uma paz relativa e não uma paz absoluta, pois o Direito não exclui o uso da força, isto é, a coação física exercida por um indivíduo contra outro. (...)”. Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 41.

⁶⁶ Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 35.

⁶⁷ Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 26.

⁶⁸ Destaca como principal critério de aproximação o fato da Moral e do Direito ditarem normas que derivam das condutas, sendo que rechaça a afirmação de que “o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada.” Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 68.

⁶⁹ “O Direito e a Moral também não se podem distinguir essencialmente com referência à produção ou à aplicação das suas normas. Tal como as normas do Direito, também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (...). Neste sentido, a Moral é, como o Direito, positiva, e só

Para Kelsen, o Direito é uma ordem de coação que se funda na sanção, inclusive com a possibilidade de uso da força física para se fazer cumprir as prescrições; enquanto que a moral é a ordem social sem a previsão de sanções que se restringe, em caso de infringência, a mera reprovação pelo corpo social⁷⁰.

Com a distinção fundada no uso da força física surge outra questão: Direito e Moral não se comunicam? Em resposta, Kelsen se coloca em posição de alerta, haja vista que não nega que o Direito visa, enquanto norma social que observa a forma do dever-ser, um valor jurídico que é dotado de um valor moral relativo⁷¹ apegado ao sentimento de que todas estas normas devem conter “algo que seja comum a todos os sistemas de justiça”⁷².

Em síntese, como a norma jurídica é fruto da produção legislativa que prescreve as condutas (norma posta), não pode ser analisada pelo valor axiológico (se é boa ou má, justa ou injusta), haja vista que toda norma jurídica é justa na sua essência, mesmo porque deflui de uma autoridade competente⁷³ e anteriormente determinada – diga-se, com amparo constitucional. Por certo, o que se admite é a valoração se esta norma é válida ou inválida⁷⁴ dentro de um ordenamento jurídico⁷⁵.

E, falando em validade da norma jurídica, necessariamente, devemos analisar a norma hipotética fundamental, sob a seguinte premissa:

uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa a uma teoria científica do Direito. (...).” Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 70.

⁷⁰ “(...) O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando (...) se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.” Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 71.

⁷¹ Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 74.

⁷² Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 73.

Há que se complementar que para Kelsen (op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 74, nota 2), a teoria do mínimo ético não é admitida, ou seja, não se concebe que o Direito, enquanto ordem coercitiva, tenha que satisfazer uma exigência moral mínima. Em verdade, o que se chama de “mínimo moral”, Kelsen trata como “valor”.

⁷³ Coelho, op.cit., p. 29.

⁷⁴ “Sustenta a teoria pura que tanto a norma jurídica singularmente considerada quanto a própria ordem jurídica como um todo deixam de ser válidas se perderem a eficácia.” Coelho, op.cit., p. 30.

⁷⁵ Idéia que vai ser mais bem trabalhada por Norberto Bobbio em suas obras “Teoria da Norma Jurídica” e “Teoria do Ordenamento Jurídico”, quando sustenta que o Direito não pode ser enfrentado como uma norma isolada, mas, ao contrário, como um conjunto de normas que se relacionam entre si formando um ordenamento: “(...) para nós, a teoria da instituição teve o grande mérito (...) que não pretendemos discutir, de pôr em relevo o fato de que somente se pode falar em direito onde há um complexo de normas formando um ordenamento e, portanto, o direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas (...)”. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. São Paulo: EDIPRO, 2005; p. 37.

“A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”⁷⁶.

Ao contrário do que possa parecer, a norma hipotética fundamental não é uma norma posta, senão suposta (não foi editada por nenhum ato de autoridade); tampouco é positiva, senão derivada do dever de observância ditado pelos editores da primeira Constituição (denominada de Constituição histórica⁷⁷) que pressupuseram a norma hipotética fundamental, sendo fruto de “revolução na ordem jurídica”⁷⁸. Daí porque a norma hipotética fundamental representa o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

1.2. PREMISSAS CRÍTICAS: PRINCIPAIS MATIZES DA CRISE DA JUSTIÇA

Sob a bandeira da “crise da justiça” pretende-se apresentar algumas formulações críticas que ajudam a assentar a situação-problema que embasa a análise de fundo.

Assim, partindo da questão do positivismo, proceder-se-á a análise da crítica velada à busca da justiça em termos sociais; para, após, regressar a questão romana do *suum cuique tribuere* que justifica as relações práticas modernas apresentadas na idéia de desjudicialização [*rectius*, desjuridicização], de crise da confiança, de deslegalização e da ingerência institucional/estrutural.

⁷⁶ Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 217.

⁷⁷ “(...) tratando-se de uma Constituição que é historicamente a primeira, tal só é possível se pressupusermos que os indivíduos se devem conduzir de acordo com o sentido subjetivo deste ato, que devem ser executados atos de coerção sob os pressupostos fixados e pela forma estabelecida nas normas que caracterizamos como Constituição, quer dizer, desde que pressuponhamos uma norma por força da qual o ato a interpretar como ato constituinte seja de considerar como um ato criador de normas objetivamente válidas e os indivíduos que põem este ato como autoridade constitucional.”. Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, p. 51.

⁷⁸ Coelho, op.cit., p.15.

Por ora, há que se destacar que os fenômenos consignados representam uma visão ocidental (euro-americana), muito embora a questão da “crise da justiça” seja um mal globalizado.

1.2.A. Hans Kelsen: justiça relativa

“Kelsen (...) não é autor de leitura fácil. É detalhista, minucioso, repetitivo, extraordinariamente lógico. Acompanhá-lo pelos diversos rincões da teoria do direito pressupõe o gosto pelas elucubrações em nível elevado de abstração e alguma paciência.”⁷⁹.

As palavras consignadas por Fabio Ulhoa Coelho bem sintetizam a dificuldade de penetração no pensamento de Hans Kelsen, figura que se torna mais complexa a partir do momento em que se pende para a sua visão da justiça e, desta, para a alocação em sua teoria. Em síntese: a visão da justiça no contexto do juspositivismo construído pelo princípio da pureza que norteia sua Teoria do Direito.

Tão difícil é a abordagem que o próprio Kelsen somente incluiu uma análise sobre a justiça na segunda edição da Teoria Pura do Direito; e, assim mesmo, como estudo acessório alçado a condição de apêndice⁸⁰.

No Brasil, a visão de Kelsen sobre a justiça pelo viés do princípio da pureza encontra uma trilogia deveras intrigante que passará a integrar a nossa análise, a saber: O Que é Justiça? (da primeira versão em inglês de 1957 – *What is Justice?* – ou do alemão em 1953 – *Was ist Gerechtigkeit?*), O Problema da Justiça (*Das Problem der Gerechtigkeit* -1960) e A Ilusão da Justiça (*Die Illusion der Gerechtigkeit* – 1985)⁸¹.

De início vale lembrar que a ratificação e a exposição de idéias é um traço marcante na obra de Kelsen, de sorte que não raramente as idéias são reproduzidas nas mais variadas obras do jurista.

⁷⁹ Coelho, op.cit., *Para Entender Kelsen*, p. IX.

⁸⁰ LOSANO, Mario G. *Prefácio a Edição Italiana*. Em, KELSEN, Hans. O Problema da Justiça. Tradução: João Baptista Macedo. 4 ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003; p. VII.

⁸¹ Acresça-se, ainda: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luis Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

1.2.A.1. O que é justiça?

“Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.”⁸².

Este tom conclusivo⁸³ trazido a imperatividade por Kelsen bem demonstra o seu posicionamento cético, porém incisivo. De concreto, o que o jurista propôs foi a ratificação de toda sua linha lógico-argumentativa que pende a distanciar o Direito da Justiça enquanto princípio metodológico e, especialmente, para resgatar o valor científico⁸⁴ do Direito (o real sentido da jurisprudência).

A priori, insta destacar que a posição pende a tratar a justiça pelo sentido considerado como ideal, ou seja, seu valor absoluto que somente pode ser justificado na religião ou na metafísica⁸⁵. Ocorre que a visão transcendental fundada na justiça divina é inacessível ao conhecimento e a percepção do indivíduo, de sorte que a construção humana pende a determinar princípios advindos da razão que justifiquem os valores absolutos.

Desta dicotomia, Kelsen determina dois tipos básicos: o metafísico-religioso (justificado pelo Bem absoluto de Platão que se desdobra de uma visão mística incompreensível ao linguajar humano; e pelo princípio do amor ao próximo – amor de Deus -, objeto da pregação de Jesus, que instrui a fé como elemento básico da justiça divina) e o pseudo-racionalista (busca na razão humana – desdobramento

⁸² KELSEN, Hans. *O Que é Justiça?* Tradução: Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 25.

⁸³ Há que se destacar que o texto mencionado conclui o primeiro de quatorze ensaios sobre o tema justiça e direito elaborados para publicação em diversos canais de divulgação jurídica que foram reunidos em único livro denominado, no Brasil, como “O Que é Justiça?”.

⁸⁴ “Como ciência, não tem de decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas descrever aquilo que de fato é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor.”. Kelsen, op.cit., *O Problema da Justiça*, p. 16.

⁸⁵ Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, p. 11.

da sabedoria popular - os elementos necessários para justificação da justiça, cuja vertente lastreia inúmeras linhas de pensamento que serão objeto de análise futura, uma vez que são tratadas como verdadeiros problemas a justiça)⁸⁶.

Mas como Kelsen chega a esta lógica?

Em verdade, ele parte da idéia central sobre o que é a verdade que, em termos religiosos (amparados nas lições do Mestre Jesus) traduzidos ao vernáculo jurídico, representaria a busca da própria justiça. Daí é que questionar o que é a verdade? Ou o que é a justiça? São enigmas que repousam sobre a mesma premissa: a busca da felicidade.

De concreto, quando Kelsen parte da verdade e a aproxima da justiça, o faz pendendo para a construção de um pensamento único sobre o que vem a ser uma ordem justa que ao seu sentir “significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade.”⁸⁷.

Por este pensamento a ordem justa é a ordem que traz contentamento aos homens, isto é, que em última análise determina a felicidade de todos (forte influência platônica que é uma tônica no pensamento kelseniano⁸⁸) – a tão conclamada felicidade social⁸⁹.

Tal afirmação encontra óbice na aplicação prática. Afinal, a felicidade é um sentimento que parte de uma percepção individual e íntima de cada homem, de sorte que o conflito entre as percepções é evidente nos núcleos sociais⁹⁰.

Assim, a construção lógica de que a verdade é a justiça; a justiça é fundamento da ordem justa; a ordem justa é a que regulamenta os comportamentos humanos no sentido de contentar a todos; o contentamento é o elemento fundamental para a felicidade; e a felicidade padece com seu sentido original de percepção individual e íntima; impede a construção de uma ordem social justa⁹¹.

⁸⁶ Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, pp. 8 / 23.

⁸⁷ Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, p. 2.

⁸⁸ Veja sobre esta afirmação a obra: Kelsen, op.cit., *A Ilusão da Justiça*.

⁸⁹ “O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social.”. Kelsen, op.cit., *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 9.

⁹⁰ Kelsen, op.cit., *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 9 – nota 2.

⁹¹ Bem esclarece Kelsen: “Se justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela

A pretensa solução parte da releitura desta construção em vias de entregar a felicidade, não o sentido universal (como idealizado), mas o de maioria, que permita a idéia de que a ordem social justa é aquela que traga o contentamento (a felicidade) ao maior número de pessoas (não a todos).

Perquirindo esta lógica, a determinação da felicidade em sentido coletivo (o contentamento da maioria, não o de todos) somente é possível a partir do momento em que a autoridade social⁹² identifique quais dentre as necessidades devem ser tratadas como indispensáveis à felicidade da maioria. Mas como identificar, dentre as inúmeras necessidades, quais são as mais importantes?

Para Kelsen, a solução a esta questão não encontra na razão humana resposta plausível, senão a indicação de que são os valores enraizados na autoridade social (hierarquia dos valores) que se responsabilizam pela indicação das necessidades. Eis o ambiente propício para que o jurista penda a construção de seu pensamento acerca do sistema positivo de valores sob a seguinte lição:

“(...) Um sistema positivo de valores não é uma criação arbitrária de um indivíduo isolado, mas sempre o resultado da influência que os indivíduos exercem uns sobre os outros dentro de um dado grupo, seja ele família, tribo, classe, casta ou profissão. (...)”⁹³.

Complementa estendendo ao sistema moral:

“(...) Todo sistema de valores, em especial um sistema de moral com a sua idéia central de justiça, é um fenômeno social, o produto de uma sociedade e, portanto, diferente de acordo com a natureza da sociedade dentro da qual ela emerge. (...)”⁹⁴.

Portanto, a conclusão lógica abstraída da constatação das diversidades (incompatíveis ou conflitantes entre si) somente pode indicar a impossibilidade de um conceito único de justiça⁹⁵ que autoriza, quando muito, um

procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas.”. Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, p. 3

⁹² Assemelhada ao legislador.

⁹³ Kelsen, op.cit., *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 11.

⁹⁴ Kelsen, op.cit., *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 11, nota 2.

⁹⁵ Kelsen, op.cit., *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 12.

juízo de valor subjetivo de natureza obviamente relativa⁹⁶. Eis o regresso à epígrafe...

1.2.A.2. Do absolutismo ao relativismo: uma ode ao princípio da tolerância

As linhas passadas serviram para certificar a idéia de que a justiça absoluta é fruto da ideologia de cada indivíduo, uma vez que é construída por premissas individuais e íntimas derivadas de influências que surgem dentro dos núcleos sociais. Afinal, a idéia de que a justiça absoluta é inaudível aos seres humanos por exigir uma evolução espiritual que os homens não têm como alcançar (relembre-se o “Bem absoluto” ou o “amor de Deus”, ideal imanente ao viés transcendental) por estar dissociada da razão⁹⁷ é verdade irrefutável para Kelsen.

Por conseguinte, somente uma justiça relativa perceptível pela razão humana pode ser aceita enquanto idéia central do sistema de moral (vigente nos núcleos sociais para parametrizar as condutas).

No entanto, até este relativismo padece com a experiência prática, haja vista que a própria razão admite, pelo óbvio, que existem valores antagônicos⁹⁸ entre si que, dependendo do critério a ser seguido, se desdobra em conflitos de interesses. “(...) Para solucioná-los, existem apenas dois caminhos: ou satisfazer um dos interesses à custa do outro, ou promover um compromisso entre ambos (...)”⁹⁹.

Tais hipóteses invocam apenas dúvidas e não certezas... Haveria uma única solução aplicável ao caso? Ou, qual seria a solução mais justa? Ou, ainda, esta justiça relativista comportaria valores morais?

⁹⁶ “A resposta à pergunta sobre a hierarquia de valores – como vida e liberdade, liberdade e igualdade, liberdade e segurança, verdade e justiça, apego à verdade e compaixão, indivíduo e nação – será necessariamente diversa, dependendo da pessoa a quem a pergunta se dirige: se a um cristão praticante, que considera a salvação de sua alma, ou seja, seu destino após a morte, mais importante que os bens terrenos; ou a um materialista, que não acredita na imortalidade da alma. A resposta não poderá ser a mesma, se dada sob convicção de que a liberdade é o valor maior, quer dizer, do ponto de vista do liberalismo; ou se dada sob o pressuposto de que a segurança econômica é o objetivo final de uma ordem social, quer dizer, do ponto de vista do socialismo. A resposta terá sempre o caráter de um juízo de valor subjetivo e, portanto, relativo.” Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, p. 7.

⁹⁷ “(...) Justiça absoluta é um ideal irracional. (...)”. Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, p. 23.

⁹⁸ Dentre os inúmeros exemplos, Kelsen destaca o direito a vida (ou, simplesmente, a vida), de sorte que se pode criar a proteção (“Não matarás!”), ao mesmo tempo em que se podem criar valores opostos (“Não matarás, salvo em caso de aborto!” ou “Não matarás, salvo em caso de eutanásia!” ou “Não matarás, salvo em caso de suicídio!” ou “Não matarás, salvo em caso de legítima defesa!”). Quais seriam as melhores premissas?

⁹⁹ Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, p. 23 – nota 2.

Para Kelsen, a solução da casuística passa pela adoção do princípio da tolerância¹⁰⁰ defendido como “a exigência de compreender com benevolência a visão religiosa ou política de outros, mesmo que não a compartilhemos, e, exatamente porque não a compartilhamos, não impedir sua manifestação pacífica”¹⁰¹.

Evidente que esta defesa sobre a aplicação do princípio da tolerância não poderia ser tão aberta e irrestrita as divagações humanas, de sorte que o próprio Kelsen avoca ao direito positivo o dever de regulamentar as condutas efetivadas em nome da tolerância e o faz afastando qualquer idéia de tolerância absoluta. Mencionemos suas linhas dedutivas:

“(...) Obviamente, de uma visão de mundo relativista não resulta o direito à tolerância absoluta, somente à tolerância no âmbito de um ordenamento jurídico positivo, que garanta a paz entre os submetidos a essa justiça, proibindo-lhes qualquer uso da violência, porém não lhes restringindo a manifestação pacífica de opiniões.”¹⁰².

1.2.A.3. Legitimação positivista da justiça relativa

Aprofundada a construção lógica de que a verdade é a justiça; a justiça é o fundamento da ordem justa; a ordem justa é a que regulamenta os comportamentos humanos no sentido de contentar a todos; o contentamento é o elemento fundamental para a felicidade; a felicidade padece com seu sentido original de percepção individual e íntima; a percepção individualista gera os conflitos de interesses; os conflitos de interesses somente são resolvidos (“pacificados” pelo valor maior de “paz social”) pela aposição da vontade da maioria; esta designação da vontade da maioria que determina as necessidades coletivas; as necessidades coletivas que sustentam os valores daquele grupo social; o grupo social que tem a resolução afeta a ingerência da autoridade social; e, a autoridade social, em última instância, representa o legislador; temos, assim, que a justiça relativa está intimamente vinculada à ordem jurídica positiva.

¹⁰⁰ Há que se destacar que este princípio encontra acolhimento também na conclamada paz social enquanto valor maior.

¹⁰¹ Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, p. 24.

¹⁰² Kelsen, op.cit., *O Que é Justiça?*, p. 24 – nota 2.

Esta hialina aposição de assertivas conduz a idéia de que a justiça relativa – enquanto fundamento do sistema da moral - assume o papel de firmar os valores que nortearão a produção da autoridade social que não é outra, senão o próprio legislador, ou seja, aquele responsável [*rectius*, legitimado] pela criação das normas postas (fundamento clássico do positivismo jurídico).

Neste sentido, fica fácil compreender a questão da legitimidade: a justiça absoluta tem seus valores ditados diretamente por Deus – portanto deriva de ato de fé e não da razão (conteúdo notadamente transcendental); enquanto que a justiça relativa é percebida dentro dos núcleos sociais de onde se ratificam os valores a serem tomados como indispensáveis para a satisfação das necessidades coletivas e, por conseguinte, justifique a produção das normas de conduta para regulamentação do comportamento humano, sendo que esta atividade deve ser posta pela “autoridade competente” – o legislador¹⁰³.

1.2.B. Digesto de Justiniano: *suum cuique tribuere*

Por tradição romana, o “Digesto de Justiniano” permite a análise fundeada numa única ordem lógica quando dedica a Celso a conceituação mais *elegantier*¹⁰⁴ de Direito vinculada à justiça: *ius est ars boni et aequi* (Dig. 1,1.1, pr.); indicando que o “Direito é a arte do bem e do justo”.

Por certo, a expressão deriva da junção das várias acepções dadas a cada vocábulo em separado; de sorte que *ius* é aposto no sentido de “direito dos homens”¹⁰⁵, enquanto a expressão “*ars boni et aequi*” passou a ser aceita¹⁰⁶ como “a

¹⁰³ “Nenhuma justiça simplesmente relativa, apreensível pela razão humana, pode atingir este fim. Uma tal justiça relativa apenas conduz a uma satisfação muito parcial. A justiça pela qual o mundo clama, ‘a’ justiça por excelência é, pois, a justiça absoluta. Esta é um ideal irracional. Com efeito, ela só pode emanar de Deus. Por isso, a fonte da justiça e, juntamente com ela, também a realização da justiça têm de ser relegadas do Aquém para o Além – temos de nos contentar na terra com uma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada.”. Kelsen, op.cit., *O Problema da Justiça*, p. 65.

¹⁰⁴ Tomada no sentido de ser a “mais exata”.

¹⁰⁵ Adotou-se o sentido único e final, renegando por incompatível com a discussão de fundo, a eventual anteposição das várias fases compositivas do pensamento institucional romano, especialmente a que distingue o *ius* (direito dos homens) do *fas* (direito sagrado). Diga-se, por oportuno, que se trata de um direito dos homens no sentido de profano.

Há que se consignar as seguintes fontes: ARGÜELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1976; p. 9; ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991; p. 94; Pires, op. cit., Direito Sumular: Construindo uma Teoria, pp. 101/103.

¹⁰⁶ Destaca-se que não é pacífico este entendimento. Sobre o tema, ver: Alves, op.cit., v. I, p. 94, nota 2.

realização prática (*ars*) do bem comum (*bonum*) e da igual distribuição da justiça (*aequum*).”¹⁰⁷.

Percebe-se que a proposta de Celso mescla institutos jurídicos com valores morais, o que permite a afirmação de que em Roma “o direito nasceu da íntima relação entre as normas criadas pelos homens e o seu valor de justiça que seria a finalidade perquirida pelo próprio Direito”¹⁰⁸.

A consequência natural da aceitação da proposta de Celso foi a adoção enquanto fundamento para a *tria verba* dos preceitos de Direito (*iuris praecepta* – Dig. 1.1.10.1): *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não lesar ninguém), *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

Ademais, a tríade institucional convergiu para a ratificação de dois fenômenos que se amalgamam, mas que não se fundem: a *aequitas*¹⁰⁹ e a *iustitia*.

“(...) Ao primeiro [*aequitas*], incumbiria o ideal paradigmático perquirido por todos os indivíduos, em regime de igualdade, de perseguir o bem comum; ao segundo [*iustitia*], dedicar-se-ia o sentimento norteador final das condutas e o do controle social: dar a cada um o que é seu. (...)”¹¹⁰.

Amparado nesta linha lógico-racional, Ulpiano contribuiu, no Digesto, com a definição de *iustitia* consagrada como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu – no sentido de direito), significando os valores que devem nortear as normas jurídicas enquanto fenômenos sociais.

Em outra ocasião, sobre o mesmo tema, ficou consignado que:

¹⁰⁷ Alves, op.cit., v. I, p. 94, nota 3.

¹⁰⁸ Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 102.

¹⁰⁹ Particularmente a *aequitas*, é ela o instituto que se conhece hodiernamente (Moreira Alves deixa claro que o tema é polêmico e que tal afirmação somente seria verdadeira no período clássico - Alves, op.cit., v. I, p. 95) como ideal de justiça, definido como “aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo (...) uma tendência, uma visão ideal, algo que se contrapõe ao que é concreto. (...) trata-se de um direito justo.” Alves, op.cit., v. I, p. 95, nota 2.

Acerca do “ideal de justiça” retromencionado, optou-se, aqui, por uma das várias visões que o tema permite; mesmo porque o destino é uníssono no sentido de demonstrar a busca de um sentimento amparado pela moralidade do justo. Tanto é verossímil a afirmação que foi integrado à pesquisa outro caminho proposto por Argüello, op.cit., p. 10: “(...) etimológicamente significa equidad, igualdad y que viene a ser el modelo al que debe acomodarse el derecho, la finalidad que debe cumplir el ordenamiento jurídico para que sus normas no sean inicuas, esto es, contrarias a lo justo.”

¹¹⁰ Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 102, nota 2.

“Em tom convergente, teríamos que, o modelo histórico romano, nos remete a idéia de um direito vinculado aos seus valores éticos originados pela moral, de sorte que, se o direito (*ius*) é criado pelos homens; também o é que deve perquirir a satisfação do bem comum (*bonum*) em vias de se buscar a justiça (*aequum*), sendo certo que esta justiça tem sua essência firmada não só nos ideais (*aequitas*); mas no próprio preceito do direito eternalizado pelo sentimento de dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) que representa a síntese da *iustitia*.”¹¹¹

1.2.C. Jean-Pierre Bonafé-Schmitt: desjuridização¹¹²

O jurista e sociólogo francês Jean-Pierre Bonafé-Schmitt¹¹³ dá lições claras de que o movimento de desjuridização (e, com ele, o de deslegalização) nasceu no início do século passado, entre 1900 e 1930, nos Estados Unidos da América, em muito devido às influências da *Sociological Jurisprudence*.

De concreto, este movimento foi construído sob a bandeira de oposição ao rigor formal da lei, a ponto de Roscoe Pound - um dos mais fervorosos defensores deste movimento - afirmar que “(...) o efeito de nosso procedimento contencioso exagerado não é somente o de irritar as partes, as testemunhas e os

¹¹¹ Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 103.

¹¹² Adotou-se, aqui, a denominação sugerida por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, embora não nos sintamos confortáveis com o termo, uma vez que pode pressupor o afastamento pleno da jurisdição, o que não representaria a intenção, ao menos por dois motivos: a um, que o Estado não pode e não deve se desprender integralmente do múnus (deve, ao menos, atuar preventivamente – normatizando as formas -; ou repressivamente – mediante a fiscalização da prática dos mecanismos); e, a dois, que a adoção dos modelos pressupõe o exercício ideológico da jurisdição, uma vez que o poder-dever de administrar a justiça, compondo os conflitos de interesses e pacificando a sociedade, buscando dar a cada um o que a ele pertence, embora não seja exercido diretamente pelo Estado-juiz, o é indiretamente pelo particular em nome desta intenção.

Assim, quando respondemos a questão: o que se quer afastar é o conflito da jurisdição ou do Poder Judiciário? Pendemos a segunda hipótese - ou seja, do Poder Judiciário -, de sorte que o melhor termo deveria ser, ao nosso juízo, “desjudicialização”.

¹¹³ Jean-Pierre Bonafé-Schmitt é jurista-sociólogo e “praticante de campo” em que atua no ativismo da mediação (*Boutique de Droit de Lyon*), bem como é pesquisador da Université de Lyon (Fonte: <http://www.agirledroit.org/fr/experiencesfiche.php?ficheid=148> (último acesso em 08/05/2009)).

Ao autor é creditada a qualidade de ser um dos iniciadores da mediação no ambiente escolar pelos alunos na França, sempre apegado a idéia de que a mediação vem para regular os pequenos conflitos (Fonte: http://fr.wikipedia.org/wiki/Jean-Pierre_Bonaf%C3%A9-Schmitt (último acesso em 08/05/2009)).

Na construção de seu pensamento, o autor se apega a bandeira do “movimento de desjuridização”, em que apresenta o fenômeno ocorrido nos anos setenta que incitou os fervorosos debates e linhas de análise acerca do tema da “desjuridização” e da “deslegalização”; para tanto, põe em xeque a figura do aparato conservador judicial (diga-se, apresenta uma visão de desconfiança que lhe acompanha desde as primeiras linhas).

Na construção de seu pensamento, Bonafé-Schmitt divide a abordagem pelo viés das iniciativas estatais (experiências norte-americana e francesa) e das iniciativas sociais (o que o faz enveredando pela menção aos “*Community Board Program*”, “*Community Board Model*” e as “*Boutiques de Droit*”).

jurados, em casos particulares, mas também o de dar a toda a comunidade uma noção equivocada dos objetivos e das finalidades da lei. (...)”¹¹⁴.

Ademais a constatação razoável foi a de que não havia “justiça para o pobre”, tanto nas jurisdições inferiores, quanto nos juizados de paz. Daí porque se conclamava que o sistema legal-judicial deveria ser modificado para permitir a resolução dos pequenos conflitos envolvendo as camadas menos favorecidas da sociedade, em muito devido aos novos problemas surgidos no ambiente da urbanização.

O resultado prático foi o surgimento do movimento de *Socialization of Law*¹¹⁵ pelo qual se concebia a implementação da lei e da estrutura judiciária como mecanismos de socialização (diga-se, elemento de integração dos pobres a sociedade), sendo que o sucesso somente seria conseguido com a racionalização do aparato judicial que admitiria a instauração dos modelos de *Socialized Courts*, fundamento para a criação das *Municipal Courts*.

As *Municipal Courts*, partindo das novas orientações, trataram de criar setores específicos na sua organização (v.g., as cortes de pequenas causas, as cortes de conciliação e as de “conflitos domésticos”), ao mesmo tempo em que construíram dúplice fundamento: enveredavam pela redução do formalismo e pregavam que o processo não deveria apenas punir, mas prevenir e pacificar.

Embora representativa de um movimento para ruptura da estrutura tradicional, as *Socialized Courts* tiveram vida curta, uma vez que, em idos da década de quarenta, já sofriam críticas fortes e substanciais que as levaram a extinção. Insta destacar que o principal fundamento das críticas advinha da constituição de meros apêndices da estrutura judicial tradicional do que propriamente alternativa ao sistema que apenas servia para acentuar a complexidade do modelo¹¹⁶.

Apesar do fracasso das primeiras tentativas, a década de sessenta passou a conviver com um fenômeno que não se permitia, por sua essência, ser

¹¹⁴ POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice*, apud, BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. *Las Justicias de lo Cotidiano: los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*. Tradução e adaptação: F. J. Caballero Harriet e A. I. Irizar Gomez. España: Laboratório de Sociologia Jurídica, 1988; p. 24 [tradução pessoal para o português]

¹¹⁵ “(...) a utilização da lei, mas também das jurisdições, como instrumentos de socialização, de integração das classes menos favorecidas na sociedade americana. É ao redor da idéia de facilitar um maior acesso a justiça destas classes mais desfavorecidas da população aonde se ia focalizar a ação dos partidários deste movimento de ‘Socialização do Direito’. (...)” Bonafé-Schmitt, op.cit., *Las Justicias de lo Cotidiano*, tradução do autor, p. 24, nota 2.

¹¹⁶ Bonafé-Schmitt, op.cit., *Las Justicias de lo Cotidiano* (tradução livre e pessoal), p. 25.

posto de lado: era a crise da “explosão judicial” caracterizada pelo aumento exacerbado das demandas judiciais.

Este fenômeno foi identificado como resultado das transformações sociais devido à estrutura populacional que passou a se concentrar, cada vez mais, nas cidades (urbanização), em comunhão com as alterações nas relações laborais. Daí é que, dentre outros reflexos, mecanismos eficientes de composição extrajudicial ou de autocomposição como o eram a família e as “assembléias” de vizinhos deixaram de existir em função desta nova alocação populacional que conclamava ao individualismo¹¹⁷.

A consequência natural era óbvia: o aumento das demandas judiciais gerava maior número de causas, que aumentava o trabalho dos juízes e, por fim, contribuía para a morosidade na prestação jurisdicional.

Constatados o problema e a origem, restava a solução... Assim, na década de setenta com a conclamação da teoria das relações humanas construída sobre a idéia da “necessidade de ter em conta os comportamentos sociais nos modos de regulação dos litígios”¹¹⁸, buscou-se o restabelecimento dos núcleos próximos para a solução dos conflitos, ou seja, a recuperação da família e dos vínculos de vizinhança que somente seria possível mediante a intervenção estatal por iniciativa públicas diretas ou indiretas.

Como resultado das novas políticas estatais surgiram mecanismos amparados em premissas consistentes, tais como: ampliação do acesso à justiça,

¹¹⁷ Não se concebe o prosseguimento sem a menção de que, avesso a esta visão eminentemente franco-americana pela ótica sociológica, Piero Calamandrei formula sua crítica sobre a chamada “crise da desconfiança”.

Em sua argumentação, sustenta que tal desconfiança recai, antes de qualquer coisa, sobre os próprios costumes italianos – aqui estendidos aos brasileiros -, em que “da classe dirigente, presume-se sempre a má-fé, e no interlocutor se tem a obrigação de presumir o embusteiro em potencial” (CALAMANDREI, Piero. *A Crise da Justiça*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004; p. 12); e, neste sentido, os advogados seriam os guardiões da retórica do incerto manifestada na oralidade (Calamandrei, op.cit., p. 13), haja vista que preferem o cuidado das palavras escritas dentro de uma apuração mais cuidadosa dos “autos do processo”, do que a resolução célere do litígio pela palavra falada.

Obviamente, este modelo impõe um acordo subjetivo e velado, entre os poderes institucionalizados, de conservação da lei (legalismo), o que se dará mediante um maior rigor formal (procedimentalismo).

Por ora, interessa, além da lógica sobre a qual repousa a origem, que a desconfiança (elemento do sistema) gera dois problemas conjecturais: preservação de um rigor draconiano da lei (consequência do legalismo – especificamente o excesso de normas jurídicas e a difícil arte de interpretar) e a defesa de um rigor formal que agride a celeridade (consequência do procedimentalismo).

Por certo, os dois problemas avocam um empecilho para o próprio acesso à justiça (ambos também destacados, por outros caminhos, por Bonafé-Schmitt), uma vez que, além de tornar os procedimentos morosos e prejudiciais a entrega da própria tutela pretendida, depositam na lei uma esperança que não pode ser satisfeita, isto é, o conhecimento de toda a legislação (sentido próprio de reunião de leis), a boa interpretação que permita a aplicação e a conservação do sentimento de justiça.

¹¹⁸ Bonafé-Schmitt, op.cit., *Las Justicias de lo Cotidiano* (tradução livre e pessoal), p. 26.

deslegalização de alguns conflitos, “favorecimento” dos pobres e discussão sobre o tratamento diferenciado.

De concreto, na França foram idealizadas as *boutiques de droit*¹¹⁹; enquanto que nos Estados Unidos da América, surgiram às estruturas do *neighborhood justice centers*¹²⁰.

1.2.D. Georges Ripert: inflação normativa e progresso científico

“Essa ordem social somente poderia se estabelecer e durar se satisfizesse um ideal de justiça. Uma regra de direito por si própria não é justa e nem injusta, mas mantém a justiça ou permite a injustiça.”¹²¹.

¹¹⁹ “(...) as oficinas dão aos usuários, em grande parte ‘excluídos do Direito’, o acesso à informação jurídica. Ela concorre a produção de regras, na mediação, com a participação dos usuários.”. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *Les Boutiques de Droit*. Em, Informations Sociales. Paris, nº 22, 1992, p. 58.

Com esta singela, porém profunda afirmação, Bonafé-Schmitt inicia sua divagação sobre o modelo denominado de *Boutiques de Droit* concebido na França, nos idos de 1970, como manifestação de um fator de mudança paradigmática social no campo jurídico, advinda de dúplici constatação: o insignificante investimento francês no judiciário e a inflação jurídica concebida sobre o despreparo do aparato judicial em lidar com o aumento das demandas advindas do fenômeno da urbanização e, por esta, o próprio acesso dos pobres.

Indubitavelmente o modelo de *Boutique de Droit* dá lições de eficácia resolutiva de conflitos de interesses dissociada da participação estatal direta, sempre apegada a idéia de que a prestação da informação (esclarecimento das instituições políticas e manutenção de elementos de convencimento amparados nas técnicas de pacificação alheias ao rigor formal) e a boa vontade social (confiança nos mediadores locais em detrimento dos juízes de direito, intenção de resolução harmônica dos conflitos e aceitação dos elementos de informalidade), constituem mecanismos eficientes de pacificação.

As ilações mais evidentes permitem a sedimentação da idéia de que a sociedade pode – e deve – se preocupar com a construção de sistemas hábeis a boa “prestação da justiça” (adotou-se, aqui, o sentimento romano do dar a cada um o que é seu, ou seja, na boa interpretação, via costumes locais inclusive, das normas postas), sempre se valendo das pessoas engajadas na luta pela composição dos conflitos (que podem facilmente ser tratados como mediadores), preferencialmente aquelas que convivem – portanto conhecem os problemas locais – na comunidade e que, forçosamente, não compõem o corpo judiciário estatal.

¹²⁰ Entre as inúmeras iniciativas estadunidenses, destaca-se a proposta, em 1976, durante a *Pound Conference*, pelo professor da Universidade de Harvard, Frank Sander, em vias de contribuir para o debate construtivo sobre as possíveis soluções para a crise da legalidade-judicialidade, em que propôs a instauração do modelo conhecido como *Multi-door Dispute Resolution Division*, cujo ápice do projeto (em nossa visão sintética) recairia sobre três pilares: a estrutura, os mecanismos e as metas. (Fonte: Superior Court of the District of Columbia – U.S.A. Multi-Door Dispute Resolution Division: Program Summary – 2002, mimeo).

Em relação à estrutura, o prof. Sander visualizou um grande tribunal que oferecesse múltiplos programas de resolução de disputas que seriam indicados aos envolvidos a partir de uma análise inicial do conflito que permitisse o direcionamento para um dos mecanismos (“doors”) mais apropriado ao caso concreto. Vale dizer que a concepção de tribunal não impediria que a estrutura ultrapassasse os limites da construção física e admitiria a criação de órgãos fora dos “fóruns”.

Justificado em premissa distinta das *Boutiques de Droit*, o sistema *Multi-Door* se apega a idéia da intervenção e participação efetiva do Poder Judiciário (engajamento estatal) na evolução dos mecanismos de composição de conflitos que fuja do tradicionalismo.

As ilações mais evidentes surgem da comunhão entre o compromisso dos voluntários (representantes diretos e legítimos da boa vontade social) e a confiança-atuante dos membros do Poder Judiciário (seja por incitação moral a participação no sistema, seja por apoio aos envolvidos).

¹²¹ RIPERT, Georges. *Evolução e Progresso do Direito*. Em, A Crise da Justiça. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004; p.47.

A epígrafe bem sintetiza o referencial teórico proposto por Georges Ripert, em seu discurso: “Evolução e Progresso do Direito” proferido na Universidade de Pádua, em que o jurista francês, num tom comedido, critica nas entrelinhas a inflação normativa construída sob a bandeira do progresso.

Em sua construção racional, Ripert entende ser indissolúvel a relação entre o direito e a sociedade, uma vez que aquele surgiria justamente para impor a ordem social¹²², ou seja, renova a idéia de que o direito se dá em sociedade.

Tal afirmação impõe a necessidade de se definir um limite semântico para que não se estabelecesse uma dependência subordinativa, o que levou o autor a trazer a colação as lições de Rudolf von Ihering expostas na célebre obra: “A Luta pelo Direito”, sob a ressalva de que “esse chamamento foi lançado em uma época em que decaía a crença no direito natural e em que o positivismo, apoiando-se na sociologia, substituía a concepção estática do direito por uma concepção dinâmica”¹²³.

Passava, então, a “luta pela criação do direito”¹²⁴ a representar a tônica de uma sociedade (aquela do século XIX) que via a ciência se desenvolver a passos largos e, com ela, as sensíveis mutações dos costumes. Sobre este ponto, Ripert demonstra seu rechaço com argumento substancialmente lógico:

“(...) considero incorreto vincular a evolução do direito à evolução científica. De fato, as grandes descobertas do século XIX não mudaram em nada nosso sistema jurídico. O direito não rege as coisas, mas os atos humanos, e para que o dado natural exerça uma influência sobre a evolução do direito, faz-se necessário, antes

¹²² “O direito é criado pelo poder, mas considerando-se somente o ato criador, professa-se um positivismo elementar que identifica o poder e o direito. Um verdadeiro positivismo jurídico deve investigar sob a influência de que forças o poder cria a norma do direito, e por forças criadoras do direito se tem de entender não a força do poder, mas todas as causas morais, políticas, econômicas, ideológicas, que concorrem para o advento da norma jurídica.”. Ripert, o. cit., p. 36.

¹²³ Ripert, op. cit., p. 37.

¹²⁴ A expressão: “a luta pela criação do direito” - proposta por Ripert em remissão ao pensamento de Ihering - ocupa boa parte da conferência. Diferente não se conceberia, uma vez que o raciocínio é construído sobre a idéia de que o embate entre as forças conservadoras (composta pelas forças moral, religiosa e a força econômica da defesa dos bens e dos direitos) e as forças reivindicatórias (identificada pelas forças dos trabalhadores e pelas ideológicas) é o traço marcante para a construção da regra de direito.

“Este conflito de forças opostas apenas pode ser regulamentado pela arbitragem do poder; daí a importância que apresenta o valor do Poder Legislativo. Para que a lei seja aceita por todos e aplicada sem dificuldade, é necessário que apareça como uma ficção, como a expressão da vontade geral. A lei imposta por um partido não institui uma verdadeira regra de direito. É necessário conciliar as forças opostas e não oprimir os vencidos.”. Ripert, op.cit., p. 42

de tudo, que os costumes dos homens tenham mudado sob a influência das invenções ou das novas aplicações.”¹²⁵.

A crítica velada do jurista encontra sua pertinência quando tenta alertar que o legislativo não deve, desavisada e celeremente, criar leis com respaldo na necessidade de atualizar o ordenamento jurídico em face do progresso científico, uma vez que “as leis se fortalecem por sua duração. Não envelhecem no sentido em que os homens envelhecem, pois, quanto mais velhas forem, tanto mais serão respeitadas.”¹²⁶.

Daí que, a negativa a possibilidade de comparação entre os progressos científico e jurídico, torna-se algo bem aguardado; haja vista que o progresso científico levanta a bandeira do rechaço ao passado por ter sido construído sobre um erro que a nova ciência vem retificar, enquanto que o direito deve se assentar nas verdades construídas em épocas remotas e que foram gravadas nas sociedades como princípios a serem seguidos. Afinal, “resulta absurdo considerar que o direito, que no passado manteve a ordem e a justiça na sociedade humana, seja um erro, enquanto o direito atual seria a verdade.”¹²⁷.

Portanto, os parâmetros adotados, a título universal, pelas ciências, não encontra no direito uma pronta adoção que justifique autorizar o poder legislativo a mudar todo o ordenamento jurídico abruptamente, sob o argumento de que todas as leis anteriores estariam erradas em face das inovações sentidas em sociedade¹²⁸; mas, ao contrário, há que se perceberem quais dentre as novidades foram suficientemente fortes para alterar os costumes, modificando as condutas humanas e, portanto, necessitando da criação de novas normas jurídicas.

Em tom final, acresce-se o sentimento de Ripert:

¹²⁵ Ripert, op. cit., p. 38.

¹²⁶ Ripert, op. cit., p. 36.

¹²⁷ Ripert, op. cit., p. 44.

¹²⁸ Aqui tem-se apenas a inflação legislativa: “A abundância de leis pode ser uma necessidade em períodos em que se impõe o intervencionismo. Mas se constituir uma necessidade, será temerário considerá-la um progresso. Pelo contrário, é justamente uma das causas profundas da crise do direito esta mobilidade da legislação que deixa os sujeitos de direito na incerteza, impedindo-os de contar com o futuro, obrigando-os a modificar incessantemente sua conduta e fazendo-os duvidar do valor das leis. É quase inútil insistir sobre esse ponto. O mal existe em todos os países. Os juristas se vêem desamparados por essa mobilidade da legislação, por essas leis temporárias e excepcionais preparadas apressadamente e, freqüentemente, votadas em meio à desordem das idéias.”. Ripert, op. cit., p. 46.

“Se o direito tem por objeto, como acredito, fazer reinar a ordem na sociedade, o verdadeiro progresso do direito consiste em dar novas regras somente com a finalidade de garantir uma ordem melhor. Daí a necessidade de regras de caráter absoluto e permanente, expressas com clareza, acompanhadas de sanções eficazes. Quando as condições materiais da vida e os próprios costumes dos homens mudam, essas regras devem ser modificadas. As leis se fazem com o tempo, dizia Portalis; para dizer a verdade, ninguém as faz.”¹²⁹

1.2.E. Piero Calamandrei: Desconfiança

“(…) o bom funcionamento da justiça depende dos homens e não das leis, e que o ótimo sistema judicial é aquele em que os juízes e os advogados, vinculados por recíproca confiança, buscam a solução de suas dúvidas, além da pesada doutrina, na viva e atual humanidade”¹³⁰.

Esta paráfrase proposta por Piero Calamandrei, em seu ensaio: “Também os juízes são homens”, bem introduz o seu pensamento sobre a justificativa para a crise da justiça que, para o jurista italiano, se assenta na desconfiança entre os operadores do Direito, e, porque não dizer, tem reflexos, anteriores ou posteriores, em toda a sociedade.

A afirmação é tão latente que foi trabalhada com maior profundidade em discurso proferido na Universidade de Pádua, publicado sobre o sugestivo título “*Crisi della giustizia*”¹³¹, em que, por certa ocasião, renova o pensamento de que os juízes são tão humanos que acaba sendo esperada sua influência pelas contingências da vida (experiência comum), ao passo que também se aguarda os seus erros e falhas¹³².

¹²⁹ Ripert, op. cit., p. 47.

¹³⁰ CALAMANDREI, Piero. *También los Jueces son Hombres*. Em, CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. V. 3. Tradução para o espanhol: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996; p. 255. [tradução pessoal para o português]

¹³¹ Traduzida para o português como “Crise da Justiça”, como consta de: CALAMANDREI, Piero. *Crise da Justiça*. Em, *A Crise da Justiça*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004; pp. 9/33.

¹³² “(…) julgar sempre foi a função mais árdua a que os homens podem ser chamados; talvez uma função demasiadamente onerosa para a fragilidade humana. (...) O juiz, como homem que é, encontra-se, inevitavelmente, implicado em certos movimentos de caráter moral ou religioso, em aspirações coletivas para certas reformas políticas (...) O juiz não apenas é juiz; é um cidadão, ou seja, um homem associado, que possui determinadas opiniões e interesses comuns aos outros homens. (...)”. Calamandrei, op. cit., *A Crise da Justiça*, p. 17.

Do vínculo¹³³ entre o judiciário e a justiça floresce a idéia de que aquele guardará a palavra final sobre a agressão ao direito que atente contra esta; e, este sentimento, é deveras complexo, rígido e perigoso. Daí é que Piero Calamandrei sustenta como um dos pilares da atualidade a desconfiança [*rectius*, “crise da desconfiança”¹³⁴] como um dos principais elementos da crise institucionalizada da justiça.

Em sua argumentação, sustenta que tal desconfiança recai, antes de qualquer coisa, sobre os próprios costumes italianos – estendidos aos brasileiros –, em que “da classe dirigente, presume-se sempre a má-fé, e no interlocutor se tem a obrigação de presumir o embusteiro em potencial”¹³⁵; e, neste sentido, os advogados seriam os guardiões da retórica do incerto manifestada na oralidade¹³⁶, haja vista que preferem o cuidado das palavras escritas dentro de uma apuração mais zelosa dos “autos do processo”, do que a resolução célere pela palavra falada.

Obviamente, este modelo impõe um acordo subjetivo e velado, entre os poderes institucionalizados, de conservação da lei (legalismo), o que se dará mediante um maior rigor formal (procedimentalismo).

Por ora, interessa, além da lógica sobre a qual repousa a origem, que a desconfiança (elemento do sistema) gera dois problemas conjeturais: preservação de um rigor draconiano da lei (conseqüência do legalismo – especificamente o excesso de normas jurídicas e a difícil arte de interpretar) e a defesa de um rigor formal que agride a celeridade (conseqüência do procedimentalismo).

Por certo, os dois problemas avocam um empecilho para o próprio acesso à justiça, uma vez que, além de tornar os procedimentos morosos e prejudiciais à entrega da própria tutela pretendida, depositam na lei uma esperança que não pode ser satisfeita, isto é, o conhecimento de toda a legislação (sentido

¹³³ Há que se observar que o liame subjetivo entre os fenômenos deriva, especificamente, da jurisdição.

¹³⁴ Em seu pensamento, Calamandrei aceita como paradigma o modelo inglês e seu empirismo.

¹³⁵ Calamandrei, op. cit., *A Crise da Justiça*, p. 12.

¹³⁶ “(...) A oralidade diante do juiz instrutor requer simplicidade e sinceridade, o juiz instrutor coloca as questões, os defensores deveriam de imediato lhe expor suas razões; o juiz de instrução deveria interrogá-los sobre pontos essenciais, e os defensores responder adequadamente, sem tergiversações e tentativas de ludibriar a pergunta. Mas esse sistema da conversação imediata parece provocar desespero nos advogados; esses preferem preparar suas respostas depois de terem folheado por longo tempo os livros de seu escritório, e, se fosse possível, escrevê-las, pesando cada palavra; e ao próprio juiz de instrução (este ainda é mais singular) não lhe desagradaria se liberar do compromisso do diálogo direto, que também prefere em seu interior, prescindir da oralidade, ler comodamente (no caso de que os leia) os argumentos da defesa redigidos por escrito, buscando atentamente nas entrelinhas se não se esconde alguma armadilha preparada em função de sua boa-fé por aqueles advogados pícaros.”. Calamandrei, op.cit., *A Crise da Justiça*, p. 13.

próprio de reunião de leis), a boa interpretação que permita a aplicação e a conservação do sentimento de justiça.

1.2.F. Mauro Cappelletti: Estrutural / institucional, ode ao agigantamento do poder judiciário

“A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”¹³⁷.

Ao sopesar as palavras de Cappelletti e Garth, abstrai-se que o problema do acesso à justiça, em seu destino, está intimamente ligado a organização e prestação da função judiciária, seja por garantir o acesso igual a todos, seja por proferir decisões que atendam as expectativas das partes (“socialmente justos”).

Em sua lógica, após analisar as situações que se desdobram em obstáculos¹³⁸, procuram apresentar as soluções práticas pela representação em três ondas, a saber:

“a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘ênfase de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.”¹³⁹.

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. 1 reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; p. 8.

¹³⁸ Para os autores, a síntese dos obstáculos recairia sobre as custas judiciais, as possibilidades das partes e os problemas especiais dos interesses difusos.

¹³⁹ Cappelletti, op.cit, *Acesso à Justiça*, p. 31.

Há que se destacar que a preocupação da primeira onda recai sobre a representação dos necessitados¹⁴⁰ em observância a dois critérios: a gratiosidade (critério econômico) e a habilidade profissional (critério técnico). Em síntese, tem-se que o declarado pobre no sentido jurídico deveria ter o acesso à justiça efetivado, gratuitamente, por um profissional de “notável” saber jurídico (com todas as reservas que este adjetivo possa exigir). Partindo deste perfil, foram analisados vários modelos, cuja ênfase recaiu sobre três¹⁴¹: o caritário¹⁴², o *judicare*¹⁴³ e o *staff model*¹⁴⁴.

A segunda onda refuta o caráter individual da primeira e defende as situações de repercussão coletiva que, por sua essência, ultrapassam os limites do indivíduo para fincar sua âncora em questões de interesse para toda a sociedade. Daí é que se autorizaria a criação de órgãos¹⁴⁵ estatais com a função específica de tutelar os interesses difusos.

A “terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência.”¹⁴⁶

¹⁴⁰ Idéia que defluiu da constatação que as pessoas são diferentes e que, no máximo, o que se consegue é diminuir as desigualdades, nunca erradicá-las.

E, aqui, bem cabe o sentimento de que esta igualdade - que não é outra, senão a jurídica -, impõe um caráter de individualidade reconhecida implicitamente por toda a sociedade e, portanto, constitutiva de uma essência civil que nos faz importar as lições de Cléber Francisco Alves: “Na nossa opinião, o direito de acesso à justiça, incluída especialmente a assistência judiciária gratuita para os necessitados, se traduz num direito de caráter primordialmente civil – e não propriamente um direito social – indispensável mesmo ao exercício pleno da prerrogativa fundamental da liberdade humana e do respeito à igualdade jurídica de todos os cidadãos.” ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos: Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006; p. 38.

¹⁴¹ Não se pode deixar de mencionar que a maioria dos sistemas adota a forma mista, envolvendo mais de um modelo concomitantemente. Vale dizer que, bom exemplo, advém do Brasil que além de institucionalizar a figura da Defensoria Pública (o que autoriza o *staff model*), ainda permite a advocacia *pro bono* facultativa (ao alvedrio do advogado e nos limites da Lei nº 1.060/1950).

¹⁴² É representado pela advocacia particular que patrocina a causa dos necessitados sem nada cobrar, seja do assistido, seja do Estado. Representa, grosso modo, a “advocacia gratuita” (*pro bono* ou *pro dio*).

¹⁴³ “Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.” Cappelletti, op.cit., *Acesso à Justiça*, p. 35.

¹⁴⁴ São os considerados “advogados remunerados pelos cofres públicos”, mediante atuação, em regra, exclusiva em favor dos necessitados. Tomando como paradigma o sistema brasileiro teríamos a figura da Defensoria Pública.

¹⁴⁵ Variaria de sistema para sistema, mas sempre conservaria a participação direta do Estado nesta relação (v.g., Ministério Público, Procuradorias, Advocacias Gerais etc.)

¹⁴⁶ Cappelletti, op.cit., *Acesso à Justiça*, p. 67.

E, em mera passada d'olhos, constata-se que a terceira onda se afina a intenção de fundo, mormente quando se dedica a análise de instituições, mecanismos e procedimentos que favoreçam o acesso à justiça¹⁴⁷; tanto quanto se exige, contemporaneamente, para suprir o abismo que existe entre a criação (produção legislativa), a aplicação (produção judiciária) e os valores da norma jurídica (produção filosófica).

Neste momento, há que se fazer um corte ideológico para que se possa importar parte do pensamento de Cappelletti, contido na obra: “Juízes Legisladores?”, apresentado pela idéia de um necessário agigantamento do poder judiciário que, por sua essência, parece pertencer à razão da terceira onda.

A intenção precípua é a de reforçar o sentimento de que “os juízes, além de intérpretes [autênticos], também são reconhecidamente criadores de direito em suas decisões judiciais”¹⁴⁸; não pela mesma ótica dos legisladores, mas pela função primaz de convergir a generalidade da lei para o caso concreto, ou seja, como intérpretes.

“Em síntese, teríamos que somente o legislativo pode criar a norma jurídica (Direito), enquanto que somente o judiciário pode criar, por decisão judicial, o direito para a situação individual (e o fará aplicando a lei ao caso concreto). O primeiro, no exercício regular da legiferação; e, o segundo, nos limites da jurisdição”¹⁴⁹.

Portanto, o judiciário deve se soerguer para conquistar seu lugar de terceiro gigante, alojando-se no mesmo nível do “legislador mastodonte” e do “administrador leviatanesco”¹⁵⁰; o que o fará repensando sua estrutura e atuação

¹⁴⁷ Em tom geral, merece destaque a amplitude que autoriza os debates, desde as formas de composição privada de controvérsias (v.g., arbitragem, conciliação e mediação), passando pela inovação formal (simplicidade e reforma procedimental), até a própria estrutura do Poder Judiciário.

¹⁴⁸ Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p.151.

¹⁴⁹ Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p.150.

Em complemento: “Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito. A questão se põe, pelo contrário, em termos totalmente diversos se examinada do ponto de vista processual: (...)”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999; p. 27.

E, ratifica: “Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘*law-making processes*’. Mas diverso é o modo, ou se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos.”. Cappelletti, op. cit., *Juízes Legisladores?*, p. 74.

¹⁵⁰ Cappelletti, op. cit., *Juízes Legisladores?*, p. 47.

prática no sentido de “dar vida a lei”, mediante a supressão da inércia legislativa via afastamento das leis incompatíveis com o sistema atual e o preenchimento de lacunas, via técnicas de interpretação que esvazie a desculpa para a criação desordenada de normas jurídicas; ao mesmo tempo em que, como guardião e controlador dos poderes políticos, deva impor limites às práticas da administração pública.

1.3. PREMISSAS TEÓRICAS: O JULGADO

O estudo sobre a “pacificação do julgado” enquanto elemento de diminuição dos efeitos abrasivos da “crise da justiça” parte, necessariamente, da necessidade de se identificar a exata aplicação do instituto “julgado”, ou seja, qual a aceção assumida.

Assim, cuida esta parte de convergir o estudo geral, passando pelos referenciais teóricos, para, nos capítulos seguintes, adentrar-se propriamente a construção dos modelos binacionais que se preocupam com a regulamentação do fenômeno.

1.3.A. Notas de convergência

A casuística sobre a relação: homem, sociedade e direito, pela ótica da justiça; levou a algumas constatações irrefutáveis que obriga a separação em dois grupos para melhor encadeamento lógico das idéias.

No primeiro grupo, tratado sob a denominação genérica de “premissas ideológicas”, cuidou-se de definir que o homem é um ser gregário por natureza, uma vez que somente consegue satisfazer plenamente suas necessidades em grupo.

Com esta constatação, tornou-se imperativo explicar o sentimento inato de constituição da sociedade denominado de “impulso associativo natural”, o que se fez mediante a abordagem dos três principais “momentos” que criaram, evoluíram e solidificaram os princípios de direito natural, nos seguintes termos: da visão greco-romana firmou-se a origem assentada na defesa da virtude dos homens; do naturalismo teológico a releitura das premissas fulcrada na inspiração divina das

relações humanas mediante a revelação de verdades imperceptíveis pela simples razão, que trouxe à colação a figura dos dogmas; e, o contratualismo jurídico que se dedicou a reintroduzir a discussão sobre a inclusão do homem no centro da casuística, sempre sobre a bandeira da valoração do indivíduo.

O contratualismo jurídico, idealizado nos séculos XVII e XVIII, serviu de fundamento para a renovação dos pensamentos, de sorte que a História conta que a defesa do homem, como titular de direitos e poderes (raiz do iluminismo), deu origem a inúmeras manifestações sociais que tiveram repercussão no mundo jurídico, basta à lembrança de dois fatos históricos universais: a Independência das Treze Colônias (1775 -1783, com data festiva em 04 de julho de 1776) e a Revolução Francesa (1789 – 1799, com marco em 14 de julho de 1789, data referente à queda da Bastilha).

Em sentido mais íntimo ao Direito, a defesa da necessidade do homem manifestar sua vontade de se manter em sociedade, pelo qual se submeteria às regras construídas pelo grupo, em vias de conservar a paz e manter a sua segurança; plantou a semente do positivismo, ao mesmo tempo em que materializou a orientação para que os Estados se instituísem via elaboração de uma Constituição, o que fez florescer o Estado de Direito que, por óbvio, deveria seguir o regime democrático.

Destaca-se que o positivismo jurídico concebido em idos do século XIX - e reforçado no posterior - herdou do contratualismo, entre outros fundamentos, a idéia de que a sociedade seria fruto de um contrato hipotético celebrado por cada indivíduo e que este contrato teria a força natural de representar a lei entre as partes, ou seja, aceitava-se que a norma jurídica deveria ser responsável por parametrizar as condutas humanas realizadas em sociedade para que se mantivesse a paz social, sob pena de sanção, inclusive física, para os casos de infringência a prescrição.

Pari pasu, o constitucionalismo pregava a necessidade de elaboração de uma lei suprema que se sobrepusse às demais e fosse, por si só, fundamento de todo o Estado¹⁵¹ (inclusive do ordenamento jurídico), especialmente para que o poder político (soberania) fosse exercido em nome e destinado ao povo (elemento democrático).

¹⁵¹ Assertiva que o positivismo jurídico, na defesa de Hans Kelsen, trata como sendo a Constituição a “norma hipotética fundamental”.

O sucesso do pensamento somente seria possível se o poder político fosse dividido em funções práticas que permitissem o exercício, ao mesmo tempo em que se destinassem ao povo. Eis a base da defesa da “tripartição de poderes” [*rectius*, de funções], gerida pelo executivo, o legislativo e o judiciário.

Ademais, para que nenhuma destas funções ofendesse as linhas gerais, firmou-se, como garantia, o ideal do equilíbrio construído pelo “conflito de forças”, em que as funções seriam exercidas nos limites constitucionais e, acaso uma delas exasperasse a permissão, autorizavam-se as demais a intervir para restabelecimento da estabilidade estatal via conservação da Constituição (síntese do sistema de freios e contrapesos).

Neste sentido, obrigava-se a Constituição a definir quais seriam as aplicações práticas de cada função, de sorte que ao executivo se entregou a administração pública; ao legislativo, a legiferação; e, ao judiciário, a jurisdição.

Com a sedimentação da estrutura e definida a relação do que se chamou de premissas ideológicas, a análise adentrou ao segundo grupo de abordagem, denominado de “premissas críticas” que teve o condão de auspiciar o debate sobre a questão da crise da justiça via apresentação de seis visões que permitiram a pintura do amplo panorama que se assenta o problema.

Por destaque, partiu-se da visão restrita de Kelsen como representante da doutrina juspositivista para concluir que não existe, em sentido restrito da norma jurídica, a justiça absoluta; senão uma variável advinda do sentimento de que as “leis” manifestam a vontade do legislador em dado momento histórico, o que admite a justiça relativa, concebida sobre a idéia de ser o valor moral contido na norma que traga a satisfação ao máximo possível de pessoas.

O contraponto necessário foi dedicado ao pensamento romano recopilado no Digesto de Justiniano que, por conter valores morais em comunhão com regras de direito, permitiu a sutil abstração de representar uma variável do pensamento moderado com traços jusnaturalistas. Afinal, o que se buscaria seria “dar a cada um o que a ele pertence”.

Fomentado o debate de raiz, adentrou-se as críticas mais específicas, o que se fez colacionando o pensamento de Bonafé-Schmitt que reconhece a inflação normativa; mas, principalmente, o excesso de processos que se avolumam nos corredores forenses em função da mudança de paradigma social sintetizado pela idéia de que o homem foi alçado, pelas contingências, à condição

de litigante em potencial. Daí porque conclama a sociedade ao movimento de “desjuridização”, entendido como o afastamento das controvérsias do poder judiciário que, por ser demasiadamente formal e estar afogado em excesso de processos, não consegue entregar a tutela jurisdicional no sentido de fazer justiça (sua solução real para o problema é a difusão da mediação).

Em seguida, passou-se a doutrina de Georges Ripert e sua crítica à instabilidade do ordenamento jurídico por força de um falso argumento de que as inovações científicas obrigam a atualização célere e incondicionada das leis. Em verdade, para o jurista francês, as leis quanto mais antigas, melhor são cumpridas.

De Piero Calamandrei se emprestou sua “crise da desconfiança” construída sobre a real situação de que os modelos latinos pendem a constituir um sistema que defende a prevalência do sofismo e da arte da retórica em detrimento da busca da verdade real. Daí que os operadores do direito se tratam com desconfiança e, por conseguinte, a boa justiça não é prestada.

Por fim e não por acaso, encerrou-se o segundo grupo com o pensamento de Mauro Cappelletti, especificamente pela lucidez de sua análise sobre o acesso à justiça que nos permitiu, em remissão “a terceira onda”, construir um fundamento lógico para abordagem da atuação prática do poder judiciário em referência a “crise da justiça”: a idéia de “agigantamento do poder judiciário”, nos termos seguintes...

1.3.B. Poder Judiciário: limites da decisão judicial¹⁵²

Perquirir uma definição para julgado e fincá-la como objeto da pacificação pressupõe um exercício anterior que impõe o dever de se conhecer a sua origem, ou seja, os limites da decisão judicial, o que se faz em resposta a indagação: o que é?

A expressão “decisão judicial” é bem posta, uma vez que encerra a idéia de resolução de conflito por participação ativa do poder judiciário. Mas, como compreendê-la?

¹⁵² Emprestando-se, como argumento de fundo, o pensamento anterior contido na obra: Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, pp. 143/149.

De início a palavra “decisão” avoca a acepção de deliberação sobre questão processual pendente¹⁵³, o que efetivamente gerará prejuízos para uma das partes¹⁵⁴. Neste caminho, orienta-se a permissibilidade de reexame ou reapreciação do *thema decidendi*, em vias de se conservar a estabilidade do sistema judicante, bem como a segurança do ordenamento jurídico. E, esta afirmação, deflagra nova questão: a quem compete à realização do reexame?

Tal indagação alça à análise do vocábulo “judicial” que, por óbvio, impõe à atuação ativa dos órgãos que compõem o poder judiciário a quem incumbe a “aplicação da lei ao caso concreto”.

Ademais, em se tratando de aplicação da lei ao caso concreto, no sentido de “administrar a justiça”, surge a força da jurisdição que autoriza, nos sistemas constitucionais modernos¹⁵⁵, o poder judiciário a exercer, por seus juízes de direito¹⁵⁶, o poder-dever¹⁵⁷ de compor os conflitos de interesses¹⁵⁸ que permitirá a pacificação social¹⁵⁹ sempre no sentido de dar a cada um o que é seu¹⁶⁰.

Para o exercício pleno da jurisdição faz-se *mister* que os ordenamentos prevejam o duplo grau de jurisdição¹⁶¹ (e a variável do modelo argentino: *dobles instancias*), princípio que resguarda a garantia individual das partes de terem julgamentos idôneos (diminuição dos riscos de arbitrariedade e desvios de

¹⁵³ Entendida como fulcrada entre forma e matéria; ou, entre procedimento e mérito.

¹⁵⁴ Efetivamente, distinguem-se as partes, dos sujeitos processuais; por aquelas, entendemos a pessoa do autor e do réu; por estes, a inclusão do juiz de direito, tanto que se encerre o *actum trium personarum*.

¹⁵⁵ Renova-se a manifestação da tripartição de funções e a alocação do exercício do poder.

¹⁵⁶ Aqueles investidos na “função de julgar”, seja pelo critério eletivo; ou, o mais comum para nossos modelos latinos, o critério seletivo (concurso público). O sistema brasileiro segue o último critério e se cinge ao chamado princípio da investidura amparado pelo art. 93, I da Constituição Federal de 1988 (“ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”) que recepcionou o art. 1º do CPC (“A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”).

¹⁵⁷ Esta expressão apresenta o paradoxo complementar, em que se autoriza, ao mesmo tempo, o poder judiciário a exercer com exclusividade a jurisdição (critério originário), também se lhe exige a obrigatoriedade de seu cumprimento. Esta afirmação é tão viva que, no ordenamento jurídico brasileiro, é tratada como garantia fundamental acolhida pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (CRFB/1988, art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”).

¹⁵⁸ Síntese do objeto da jurisdição: resolver a lide, pondo termo ao litígio.

¹⁵⁹ Crença ideológica de que, em último grau de controvérsia, o judiciário tutelar os direitos contra lesão ou ameaça e, assim, equilibrará [*rectius*, igualará] a relação na busca da justiça.

¹⁶⁰ Como destacado em linhas passadas: a renovação da definição romana de justiça.

¹⁶¹ Restringe-se a idéia geral importada de Enrico Tullio Liebman, uma vez que nos capítulos posteriores o tema será esmiuçado em remissão a cada um dos modelos em apreço, merecendo, por ora, o seguinte destaque: “Un principio universalmente aceptado quiere que todas las controversias puedan pasar, después del primer juicio, al examen de otro órgano (de ordinario superior), para ser juzgadas una segunda vez en una nueva fase procesal que es la prosecución del mismo proceso.”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tradução: Santiago Mentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1980; p. 477.

condutas dos órgãos judicantes), uma vez que se responsabilizam por admitir a interposição de recursos que visam o reexame, pelos tribunais superiores, das decisões proferidas por cortes inferiores.

Por certo, observa-se que as decisões judiciais se subdividem, em inferiores e superiores. As primeiras, a cargo dos juízes de direito de competência hierárquica inferior; e, a segunda, pelos tribunais hierarquicamente superiores a quem compete o conhecimento do recurso interposto.

Ultrapassada a determinação do que vem a ser a expressão “decisão judicial”, necessário se faz a imposição de limites a este exercício, pelo que destacamos três: a) a lei; b) o fato¹⁶²; c) o pedido.

Primeiramente, destaca-se que a lei mencionada vem no sentido de observância do ordenamento jurídico, de sorte que o amparo normativo ao pleito e o dever do juiz de direito se apegar ao texto legislativo é imperativo.

O segundo - o fato – denota a necessidade de se comprovar¹⁶³ o acontecimento em vias de permitir a adequação da lei genérica e geral ao caso concreto que somente a juridicidade conferida permite realizar¹⁶⁴.

Por fim, o pedido que se assenta em dúplice fenômeno: integra o núcleo ativo da ação e indica a pretensão do postulante. O primeiro avoca o princípio latino arcaico do *nemo iudex sine actore*, ratificado pelo brocardo *ne procedat iudex ex officio*, pelo qual o juiz de direito somente exercerá a jurisdição¹⁶⁵ quando - e se - for provocado pelo autor; já, o segundo, fixa o limite da instrução (apuração dos fatos em função das provas coligidas) ao que impõe ao juiz o dever

¹⁶² Claro que se fala, aqui, do jurídico, ou seja, aquele acontecimento que tem repercussão no mundo jurídico, especialmente concebido na acepção: Direito visto como Norma.

¹⁶³ Remissão a teoria das provas e a conservação do direito-dever de “demonstrar em juízo aquilo que se alegou”.

¹⁶⁴ Em referência à convergência das preposições que favorecem a interpretação em atenção a resposta às questões judiciárias: o fato constitui lesão ou ameaça a direito? Se positiva, o réu concorreu para o resultado danoso?

¹⁶⁵ Ampara-se na idéia de que a jurisdição, dentre as inúmeras características, é inerte inicialmente, ou seja, o juiz de direito não procura na sociedade os litígios para que possa resolver. De concreto, ele se coloca em inércia aguardando a provocação (v.g., no modelo brasileiro, dá-se a provocação com a distribuição da petição inicial enquanto instrumento da ação que materializa o direito subjetivo de ação, nos limites do art. 2º - “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” – ratificado no art. 262, primeira parte – “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” -, ambos do Código de Processo Civil Brasileiro).

Há que se mencionar Liebman: “La iniciativa del proceso corresponde a la parte interesada (o, en vía excepcional, al ministerio publico), porque el juez no procede de oficio y no toma en examen una controversia si no lo pide el interesado.”. Liebman, op.cit., p. 108.

de se pronunciar, na sentença, nos exatos limites do requerido pelo autor¹⁶⁶, sob pena do julgado ser considerado *ultra, extra* ou *citra petita* – mais, além ou menos do que o pedido.

1.3.B.1. Caráter constitutivo em função dos limites da decisão judicial

Compreendidos os limites da decisão judicial e determinado que a jurisdição seja bem mais do que a simples raiz etimológica de “dizer o direito” – que pode legar a falsa idéia de que a decisão judicial proferida nos seus limites originários possa constituir mera declaração -, passamos a estender a visão sobre a atuação jurisdicional.

Repassada inúmeras vezes a idéia de que o juiz de direito deve aplicar a lei ao caso concreto, há que se caminhar para o enrijecimento deste ato, em vias de garantir a importância que representa para a segurança, não só do ordenamento jurídico, mas, especialmente, para toda a sociedade.

Assim, partindo da visão de que a Constituição representa o ápice do ordenamento jurídico e fonte maior de validade das normas jurídicas, deve-se aceitar a idéia de que tanto o legislativo, quanto o judiciário - enquanto poderes constituídos -, encontram sua legitimação neste texto maior, de sorte que as atuações pautadas no exercício regular de suas competências constitucionais originárias devem ser preservadas, ou seja, resguardam-se, a legiferação em favor do legislativo e a jurisdição em nome do judiciário.

No exercício regular da legiferação, ao legislativo incumbe a criação das leis nos limites constitucionais; e, após a produção normativa, a norma jurídica integra o ordenamento sob o pálio de “lei geral” a ser observada por todos os indivíduos e dotada de uma pretensa legitimidade e validade¹⁶⁷.

Com a produção de efeitos *in tese* da norma jurídica, incumbe ao judiciário buscar dentre as normas jurídicas gerais (diga-se, no ordenamento) aquela a ser aplicada no caso concreto, ou seja, realizar o procedimento de individualização ou concretização da norma jurídica a ser observada na decisão judicial.

¹⁶⁶ O direito brasileiro trata este fenômeno sobre a bandeira do princípio da congruência e está consagrado, entre outros dispositivos, no art. 128 do CPC, *in verbis*: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

¹⁶⁷ Registre-se a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade a ser praticado pelo judiciário no exercício regular do sistema de freios e contrapesos.

Neste processo de descoberta da norma jurídica a ser convergida ao caso concreto (do geral para o específico), realiza-se, também, a análise de constitucionalidade e da validade de todas as “leis” aplicáveis ao caso concreto, que culminará com a resposta a indagação: é a norma vigente?

Por esta ótica, percebe-se que o “procedimento de descoberta da norma jurídica” é mais complexo do que simplesmente acabar com a dúvida (caráter declaratório), senão incide sobre três atuações deveras complexas: a busca, a escolha e a deliberação sobre a vigência. Entenda-se, somente após o esgotamento de todo o procedimento, é que o fato será analisado em face desta norma jurídica. Daí se considerar o caráter constitutivo¹⁶⁸.

Com a definição da norma jurídica a ser observada perquire-se a instrução para determinação se a sanção deve ser aplicada¹⁶⁹. Para tanto, *mister* se faz a apuração do fato e da constituição da juridicidade a ele, ou seja, se esta conduta deve ser punida. Daí é que o pressuposto contido na norma é aplicado. Eis a renovação do caráter constitutivo¹⁷⁰.

1.3.B.2. Criação do direito na decisão judicial

“E até a atividade do juiz vinculado à lei, aos precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional.”¹⁷¹.

O fragmento epigrafado introduz com rara sutileza a importância do tema, a ponto de permitir redizer o afirmado sobre duas certezas: criar o direito ou

¹⁶⁸ Há que se mencionar Kelsen: “Uma decisão judicial não tem (...) um simples caráter declaratório (...) A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue.” Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, op.cit., p.264.

¹⁶⁹ “A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial.” Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, op.cit., p.265.

¹⁷⁰ “O fato não é tido como somente produzido no momento verificado pelo órgão aplicador do Direito, quer dizer, como posto ou produzido no momento em que o fato natural (...) se produziu. A verificação do fato condicionante pelo tribunal é, em todo sentido, constitutiva.” Kelsen, op.cit., *Teoria Pura do Direito*, op.cit., p.266.

¹⁷¹ Cappelletti, op. cit., *Juízes Legisladores?*, p. 26.

interpretar a lei em vias de aplicá-la, são situações similares; e, criar o direito nem sempre pode ser dogmatizado como o procedimento de criação da norma jurídica, senão a concretização desta norma já posta.

Em vias de se discutir as situações, uma questão diminuta ajuda a esclarecer o tema central (“a decisão judicial cria direitos?”): são os juízes intérpretes ou legisladores?

Viu-se alhures que o juiz de direito quando profere a decisão [judicial] cria o direito do caso concreto, uma vez que faz convergir à lei geral para a situação real da vida social; e, esta constatação, por si só, já esclarece que se trata do exercício da interpretação e, não, da legiferação. Portanto, o juiz de direito é intérprete [autêntico¹⁷²], mas não legislador.

Insta destacar que somente o legislativo poder criar a norma jurídica (Direito), enquanto que somente o judiciário pode criar, por decisão judicial, o direito para a situação individual – e o fará aplicando a lei ao caso concreto. Há que se perceber que o juiz buscará dentre as leis elaboradas pelo legislativo aquela que deve ser aplicada à situação posta à apreciação.

Por esta ótica, bem se diz que, na decisão judicial, o juiz dá vida a lei, haja vista que, antes de manifestar a posição do Estado, deverá proceder a interpretação anterior que permita identificar a norma jurídica aplicável à espécie, nos limites dos fatos e do pedido.

1.3.C. O Julgado

O léxico determina que o vocábulo julgado indique a manifestação do poder judiciário, no caminho da decisão definitiva sobre a matéria posta a apreciação; e este é o caminho aceito pela acepção jurídica, haja vista que a sua

¹⁷² É indubitável que a interpretação do juiz de direito é “mais importante” para o sistema quando cria a norma específica para o caso concreto, a partir da certeza sobre o fato jurídico e a conseqüente aplicação de sanção pelo descumprimento do preceito imperativo; do que a “mera opinião” de qualquer cidadão em análise ao fato.

Dos dois extremos surge a justificação que precede a certeza: a primeira situação impõe a manifestação da coercitividade estatal amparada nos preceitos normativos em que o Estado está autorizado a se valer da força física - se necessário – para obrigar ao cumprimento de seus preceitos; já a segunda representa a simples individualização de valores sem repercussão jurídica.

Em observação, pode-se afirmar que, de todos os intérpretes, o juiz de direito é aquele dotado das características necessárias para perquirir a mais escorreita aplicação da lei ao caso concreto, mormente por ser sua decisão (obviamente amparada na norma jurídica), ao mesmo tempo, criadora de direito e limitadora do texto legislativo.

essência retroage ao teor da decisão judicial que produz os efeitos sociais, ou seja, vincula ao cumprimento as partes, impõe à sociedade a observância e estabiliza o sistema judiciário via conservação do ordenamento porque indica a boa aplicação a ser dada a norma jurídica nos casos concretos.

Percebe-se, pois, que além do efeito interpartes, o julgado ainda produz outro, subjetivo e implícito, que se desdobra da idéia de “dar, a saber, à sociedade” qual é a interpretação autêntica a ser aplicada a norma jurídica naquela situação jurídica concreta¹⁷³.

Daí a admissão da utilização do binômio coerção-educação, uma vez que o julgado, a um só tempo, põe termo a lide distribuindo a sanção nos limites da infringência da prescrição da norma jurídica, com a utilização da força física, se necessário; e, dá lições a sociedade: a um, de como interpretar e seguir a norma jurídica aplicada e, a dois, demonstra a força estatal, já que deixa implícito que se houver descumprimento da prescrição, o julgado renovará sua aplicação em casos similares e futuros.

O julgado, neste sentido, passa a indicar a decisão judicial que pôs termo à controvérsia; atingiu a questão de fundo; pacificou a sociedade e acalmou as partes com a resolução da lide¹⁷⁴.

1.3.C.1. Pacificação de julgados: fenômeno necessário¹⁷⁵

Parece-nos natural a afirmação de que o poder judiciário, no exercício regular da jurisdição, deve entregar a tutela pretendida e o fará prolatando sua decisão (daí a qualidade: judicial).

Contra esta decisão judicial admite o ordenamento – como medida de lisura e conservação da segurança jurídica – o exercício do duplo grau de jurisdição que está calcado no direito ao reexame daquela decisão combatida (aqui se constitui um novo dever judiciário: a entrega da nova tutela, a recursal), o que dará ensanchas a nova decisão judicial.

¹⁷³ Entendida nos limites dos fatos similares e com pretensão assemelhada.

¹⁷⁴ Empréstimo aqui o sentido mais próprio de sentença e, nesta, com maior manifestação as definitivas – com a ressalva de algumas terminativas que tenham reflexo no mérito (v.g., as que gerarem a preempção; ou que declararem a impossibilidade jurídica do pedido que, historicamente, se confunde com o *meritum causae*).

¹⁷⁵ Análise referendada em estudo anterior contido na Parte 2, Capítulo 2, 2.4., sob o título: “Decisão judicial, jurisprudência e súmula”, em: Pires, op. Cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, pp. 156/158.

Na prática forense, este fenômeno motivaria a instituição de jurisprudência. No entanto, como é cediço, há uma impropriedade nesta assertiva, haja vista que se trata de “mero julgado em recurso realizado pelo tribunal”; e que, numa releitura desta fonte do Direito¹⁷⁶, não deveria ser confundida, na técnica, com o mero ato de julgar, senão o de criar o melhor ambiente para a aplicação da lei. Por isso, melhor seria a seguinte definição moderna de jurisprudência: “é a ciência responsável por tornar a lei aplicável, uma vez que é dotada de premissas teóricas e valores práticos”¹⁷⁷.

Pois bem, mas como enfrentar o caso, ou seja, como tratar a decisão judicial exarada pelos tribunais?

Parece acertada a afirmação de que estas decisões proferidas pelos tribunais constituem apenas “julgados”, uma vez que não gozam da estabilidade que somente a uniformização dada pela “Ciência do Direito” pode autorizar.

Neste sentido, os “julgados dos tribunais” constituem as antinomias jurisprudenciais¹⁷⁸ (conflito de interpretações que geralmente se dá na própria casa julgante, sem exclusão de dissídios entre outros órgãos), cujo reflexo se desdobra em decisões divergentes que atentam contra a segurança de todo o sistema judiciário¹⁷⁹.

¹⁷⁶ De início, merece destacar que o tratamento de certos institutos como “fontes do Direito” não é tema unânime dentre os cientistas jurídicos (prudentes), de forma que inúmeras controvérsias e óbices são apostos ao tema, seja acerca de sua existência, seja em função dos critérios adotados para reconhecimento de quais institutos deveriam ser tratados como fontes.

De qualquer forma, preferiu-se não tecer juízos de valor sobre as inúmeras posições, senão a apresentação, numa ótica geral e irrestrita, dos institutos e suas vinculações, haja vista que a generalidade se afigura mais aprazível, ou seja, o tratamento do vocábulo “fonte” como “a origem de alguma coisa” ou “de onde brota algo”.

Neste sentido e em reminiscência ao estudo dos sistemas jurídicos, reconhecem-se como fontes (independentemente de qualquer critério apriorístico de análise): a lei, os costumes, a jurisprudência, a doutrina, os princípios gerais de Direito e a analogia.

A título de menção, há quem entenda que as fontes do Direito se dividem em diretas (imediatas) e indiretas (mediatas) conforme a dotação de força suficiente para fundamentar um sistema jurídico. Portanto, por este critério, representariam o primeiro grupo: a lei (fundamento para a família Romano-germânica) e os costumes consagrados pela jurisprudência – idéia bem genérica (fundamento para a família da *Common law*); enquanto que a jurisprudência (fonte indireta para os costumes) e a doutrina (fonte indireta para a lei) serviriam como institutos aderentes ao segundo grupo – diga-se numa visão bem ampla.

Há ainda que se mencionar a aceitação, por outro critério, dos princípios gerais de Direito que se responsabilizariam por ratificar no tempo e no espaço as verdades fundantes e, isto, independeria de qualquer outra fonte; bem como da sustentação da analogia como verdadeira fonte do Direito, uma vez que permitiria a “expansão interpretativa” do ordenamento jurídico em vias de permitir a aplicação de uma lei em suprimento de uma lacuna que exige a cobertura normativa (v.g., aplicação de uma lei geral para solução de um caso especial).

¹⁷⁷ Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 141.

¹⁷⁸ Muito em virtude da liberdade interpretativa e do excesso de recursos a serem resolvidos.

¹⁷⁹ Dentre outras, esta questão informa um elemento fundante para que se renegue “qualquer decisão judicial exarada pelos tribunais”, como jurisprudência.

No entanto, como mecanismo hábil de aproximação da práxis forense com a técnica jurídica, sugere-se a adoção da expressão: “jurisprudência imprópria” ou “jurisprudência divergente”; justamente para se firmar a extensão de “qualquer decisão judicial proferida pelos tribunais”.

Regressando a situação de fundo... Nenhum sistema judiciário pode ser saudável se fundar-se em “dúvida interpretativa” – afinal o que se quer são decisões seguras dentro dos limites normativos que penda ao ideal de justiça.

Esta afirmação é tão latente que pode consubstanciar um paradoxo: o mesmo órgão convocado a extirpar a dúvida sobre a boa aplicação da lei ao caso concreto nos limites do pedido é aquele que prolatará decisão judicial embasada em julgados dissidentes (“dúvida interpretativa”).

Esta situação preocupante não pode prosperar; para isso, orienta-se a homogeneização dos entendimentos acerca da norma jurídica sempre que pairar dúvida razoável em sua aplicação. Em síntese: promover a uniformização da jurisprudência, via pacificação dos julgados.

Encerrada a discussão sobre as visões divergentes acerca da norma jurídica aplicável derivada dos julgados, sempre em atenção ao pensamento doutrinário salutar, resta apenas assentar o teor da deliberação; e, por conseguinte, pacificar o entendimento sobre a *quaestio iuris*, o que se fará mediante registro da resolução: eis o que constitui a súmula (no modelo brasileiro) e os *fallos plenarios* (no sistema argentino).

Este mecanismo de pacificação de julgados representa o entendimento mais moderno e indicado para a interpretação da norma jurídica em casos concretos futuros; o que, pela publicidade de seu teor, permite antever a atuação dos tribunais em seus julgados quando for invocada aquela norma jurídica que já fora objeto de uniformização.

Desde então, tem-se que, além de representar concreta manifestação científica que orienta a jurisprudência, o objeto da pacificação constitui verdadeira convergência de julgados [*rectius*, entendimentos sobre a norma jurídica invocada], cujo resultado prático incide em parametrizar – ou ao menos indicar os limites – os julgados futuros, ou seja, estabiliza o sistema pela previsibilidade da decisão judicial.

1.3.D. Atos do juiz de direito

Para complementação da abordagem, não se poderia prosseguir sem a apresentação dos atos do juiz de direito que permitem a concretização das decisões judiciais, o que se fará de forma sucinta e genérica, tendo como elemento apenas o texto legal e seu teor fixado em cada sistema normativo próprio.

1.3.D.1. Escorço normativo dos atos do juiz no modelo brasileiro

No sistema brasileiro, os juízes de direito atuam, conforme determina o art. 162¹⁸⁰ do CPC, mediante três atos: despacho (CPC, art. 162, §3^{o181}), decisão interlocutória (CPC, art. 162, §2^{o182}) e sentença (CPC, art. 162, §1^{o183}).

Os despachos são atos de impulso processual desprovidos de conteúdo decisório, por isso mesmo não admitem a interposição de recurso (CPC, art. 504¹⁸⁴).

As decisões interlocutórias são atos decisórios tomados no curso do procedimento para resolver questão pendente (forma ou mérito, ambas são admitidas), sem, no entanto, resolver o fundo de discussão.

Já as sentenças são os atos do juiz de direito que representam realmente a entrega da tutela jurisdicional, uma vez que a sua publicação indica que foi exercido o poder de julgar (CPC, art. 463¹⁸⁵). Ademais, as sentenças podem resolver o mérito (conteúdo material) ou não (conteúdo formal): no primeiro caso, orienta a doutrina que se está diante das sentenças definitivas (CPC, art. 269¹⁸⁶); já, o segundo, indica a constituição das sentenças terminativas (CPC, art. 267¹⁸⁷).

¹⁸⁰ CPC, “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.”

¹⁸¹ CPC, “Art. 162. (...) § 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.”

¹⁸² CPC, “Art. 162. (...) § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.”

¹⁸³ CPC, “Art. 162. (...) § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”

¹⁸⁴ CPC, “Art. 504. Dos despachos não cabe recurso.”

¹⁸⁵ CPC, “Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: (...) I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; (...) II - por meio de embargos de declaração.”

¹⁸⁶ CPC, “Art. 269. Haverá resolução de mérito: (...) I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; (...) II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; (...) III - quando as partes transigirem; (...) IV - quando o

Vale dizer que cada ato decisório (excetuam-se, portanto, os despachos) admite um recurso específico em função da finalidade do recorrente (princípio da singularidade) para garantir a estabilidade do sistema. Assim, as decisões interlocutórias autorizam o agravo; enquanto que as sentenças justificam a apelação.

Em função do duplo grau de jurisdição, tais recursos serão remetidos, processados e julgados pelas cortes superiores, cuja decisão receberá a denominação de acórdão (assegura-se que as decisões amplas proferidas pelos tribunais recebem esta denominação independente do tipo de recurso) e tem força de substituir o julgado recorrido (CPC, art. 163¹⁸⁸ c/c art. 512¹⁸⁹).

Este esquema sintético de parte da estrutura recursal brasileira vinculada à competência cível (não foram mencionados os demais recursos tais como: os de integração – embargos em suas três modalidades – e os interpostos para os “Tribunais de Brasília” – recursos extraordinário, especial e ordinário) fundamenta a afirmação de que as decisões inferiores seriam as sentenças e decisões interlocutórias; enquanto que as superiores seriam representadas pelos acórdãos (independentemente da natureza do ato tomado no tribunal, ou seja, prevalece o *nomen iuris*).

1.3.D.3. Escorço normativo dos atos do juiz no modelo argentino

O CPCyCN¹⁹⁰ determina no Capítulo IX, do Título III, do Livro I, da Parte Geral que as *resoluciones judiciales* são cinco: as *providencias simples*, as

juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; (...) V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.”

¹⁸⁷ CPC, “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) I - quando o juiz indeferir a petição inicial; (...) II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; (...) III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; (...) IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; (...) V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada; (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...) VII - pela convenção de arbitragem; (...) VIII - quando o autor desistir da ação; (...) IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; (...) X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; (...) XI - nos demais casos prescritos neste Código.”

¹⁸⁸ CPC, “Art. 163. Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais.”

¹⁸⁹ CPC, “Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.”

¹⁹⁰ Sigla popular pela qual é conhecido o Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de aplicação em demandas de cunho nacional, sobre o tema veja o capítulo 2.

sentencias interlocutórias, as sentencias homologatórias, as sentencias definitivas de primera instancia e sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia.

De início, há que se esclarecer que a expressão “*resolución judicial*” deve ser compreendida como o ato do juiz de direito tomado no exercício da função jurisdicional, sendo certo que o pronunciamento da sentença indica que foi concluída a “*competencia del juez respecto del objeto del juicio*”, de sorte que não se lhe admite substituição ou modificação do conteúdo (CPCyCN, art. 166¹⁹¹).

Destaca-se que a regra da imutabilidade das sentenças sofre abrandamento nas seguintes hipóteses: correção de erros numéricos (CPCyCN, art. 166, 1, *in fine*); retificação de ofício (CPCyCN, art. 166 c/c art. 36, inciso 6), ou a requerimento da parte, nos três dias seguintes a notificação da sentença, de qualquer erro material, bem como a prolatação de medidas de esclarecimento sobre pontos obscuros ou omissos, desde que não haja a alteração da substância da resolução (CPCyCN, art. 166, 2); expedição, por requerimento do interessado, de *medidas precautorias*¹⁹² (CPCyCN, art. 166, 3); acesso às anotações e termos de depoimento nos termos da lei (CPCyCN, art. 166, 4); prosseguimento da fundamentação e decisão dos incidentes tomados em separado (CPCyCN, art. 166, 5); recebimento e exarção do juízo de admissibilidade, com a subsequente fundamentação (CPCyCN, art. 166, 6); e, por fim, realização da execução da sentença (CPCyCN, art. 166, 7).

¹⁹¹ CPCyCN, “Art. 166. - Pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla. (...) Le corresponderá sin embargo: (...) 1) Ejercer de oficio, antes de la notificación de la sentencia, la facultad que le otorga el artículo 36, inciso 6). Los errores puramente numéricos podrán ser corregidos aun durante el trámite de ejecución de sentencia. (...) 2) Corregir, a pedido de parte, formulado dentro de los tres días de la notificación y sin substanciación, cualquier error material; aclarar algún concepto oscuro sin alterar lo sustancial de la decisión y suplir cualquier omisión en que hubiese incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. (...) 3) Ordenar, a pedido de parte, las medidas precautorias que fueren pertinentes. (...) 4) Disponer las anotaciones establecidas por la ley y la entrega de testimonios. (...) 5) Proseguir la substanciación y decidir los incidentes que tramiten por separado. (...) 6) Resolver acerca de la admisibilidad de los recursos y sustanciarlos, en su caso, decidir los pedidos de rectificación a que se refiere el artículo 246. (...) 7) Ejecutar oportunamente la sentencia.”

¹⁹² Nos termos do Art. 63 do CPCyCN, quando houver a declaração de “rebeldía”, a parte contrária poderá requerer a expedição de “medidas precautorias necesarias para asegurar el objeto del juicio, o el pago de la suma que se estime en concepto de eventuales costas si el rebelde fuere el actor”.

Considera-se em “rebeldía”, “La parte con domicilio conocido, debidamente citada, que no compareciere durante el plazo de la citación o abandonare el juicio después de haber comparecido, será declarada en rebeldía a pedido de la otra” (CPCyCN, Art. 59).

Perquirindo a dinâmica de que as resoluções são primeiramente divididas pela presença de conteúdo decisório¹⁹³, tem-se que as *providencias simples* não se assentam nesta premissa, uma vez que têm o condão de promover o desenvolvimento do processo via prática de atos de mero cumprimento de disposições, dispensando, portanto, a fundamentação. Daí porque não exigem maior rigor formal além da manifestação escrita do que deve ser cumprido acrescido da indicação da data, do lugar e da assinatura do responsável pelo ato (CPCyCN, art. 160¹⁹⁴).

As *sentencias interlocutorias*, ao contrário, respondem por conteúdo decisório que exigem a fundamentação do órgão competente para a decisão, sempre sobre questões surgidas no curso do processo. Por isso, além da manifestação escrita que contenha a indicação da data, do lugar e a assinatura do responsável pelo ato, crescem-se os fundamentos; a decisão expressa, positiva e precisa das questões suscitadas; e, a deliberação sobre as custas (CPCyCN, art. 161¹⁹⁵).

Já as *sentencias homologatorias*, tomadas nos termos do art. 162¹⁹⁶ da Norma Processual Civil e Comercial da Nação, se assentam em variáveis das hipóteses anteriores quanto à forma, já que se reportam aos casos de manifestação do juiz sobre o acolhimento ou o rechaço dos pedidos de desistência (CPCyCN, art. 305¹⁹⁷), transação (CPC, art. 308¹⁹⁸) ou conciliação (CPCyCN, art. 309¹⁹⁹).

¹⁹³ Adoção da teoria geral que indica ser dever do juiz de direito fundamentar todas as *sentencias definitivas* e as *sentencias interlocutorias* em atenção a dinâmica de hierarquia das normas e sob os olhares atentos do princípio da congruência (CPCyCN, art. 34, 4).

¹⁹⁴ CPCyCN, “Art. 160. - Las providencias simples sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. No requieren otras formalidades que su expresión escrito, indicación de fecha y lugar, y la firma del juez o presidente del tribunal, o del secretario, en su caso.”

¹⁹⁵ CPCyCN, “Art. 161. - Las sentencias interlocutorias resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el curso del proceso. Además de los requisitos enunciados en el artículo anterior, deberán contener: (...) 1) Los fundamentos. (...) 2) La decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas. (...) 3) El pronunciamiento sobre costas.”

¹⁹⁶ CPCyCN, “Art. 162. - Las sentencias que recayesen en los supuestos de los artículos 305, 308, y 309, se dictarán en la forma establecida en los artículos 160 o 161, según que, respectivamente, homologuen o no el desistimiento, la transacción o la conciliación.”

¹⁹⁷ CPCyCN, “Art. 305. - En la misma oportunidad y forma a que se refiere el artículo anterior, el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción. No se requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio, y a dar por terminado el juicio en caso afirmativo. En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa.”

¹⁹⁸ CPCyCN, “Art. 308. - Las partes podrán hacer valer la transacción del derecho en litigio, con la presentación del convenio o suscripción ante el juez. Este se limitará a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción, y la homologará o no. En este último caso, continuarán los procedimientos del juicio.”

¹⁹⁹ CPCyCN, “Art. 309. - Los acuerdos conciliatorios celebrados por las partes ante el juez y homologados por éste, tendrán autoridad de cosa juzgada.”

As duas últimas espécies de sentenças têm em comum a força própria para resolver o fundo de discussão, pondo termo, definitivamente, aquela demanda por manifestação evidente do juiz de direito tomada nos limites da instrução (lide ou *thema recurrendi*) em atenção às normas jurídicas e os pedidos, sempre sob as diretrizes da competência.

Por certo, o que as distingue é o local que ocupam os órgãos de decisão na organização judiciária, de forma que as *sentencias definitivas de primera instancia* (CPCyCN, art. 163²⁰⁰) são proferidas pelos juízos monocráticos a quem, por disposição normativa, incumbe a resolução da lide, enquanto que as *sentencias definitivas de segunda o ulterior instancia* (CPCyCN, art. 164²⁰¹) são proferidas pelos juízos colegiados de hierarquia superior retroativas, em regra, ao conhecimento dos recursos (*doble instancia*).

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Desde o título proposto para o capítulo, “Crise da Justiça: necessidade de pacificação dos julgados”, já se percebia que a tarefa seria árdua e extensa, uma vez que falar de justiça pressupõe retroagir a gênese do próprio homem que, por si só, é presunção inglória, uma vez que não se consegue definir com exatidão os termos científicos.

²⁰⁰ CPCyCN, “Art. 163. - La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: (...) 1) La mención del lugar y fecha. (...) 2) El nombre y apellido de las partes. (...) 3) La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio. (...) 4) La consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior. (...) 5) Los fundamentos y la aplicación de la Ley. (...) Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. (...) La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. (...) 6) La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvencción, en su caso, en todo o en parte. (...) La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos. (...) 7) El plazo que se otorgase para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución. (...) 8) El pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34, inciso 6. (...) 9) La firma del juez.”

²⁰¹ CPCyCN, “Art. 164. - La sentencia definitiva de segunda o ulterior instancia deberá contener, en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el artículo anterior y se ajustará a lo dispuesto en los artículos 272 y 281, según el caso. (...) Las sentencias de cualquier instancia podrán ser dadas a publicidad salvo que, por la naturaleza del juicio, razones de decoro aconsejaren su reserva, en cuyo caso así se declarará. Si afectare la intimidad de las partes o de terceros, los nombres de éstos serán eliminados de las copias para la publicidad.”

Daí porque se preferiu jungir, em um só raciocínio, premissas diversas repartidas pela lógica, mas que unidas permitem uma visão geral, tanto do problema, quanto das ratificações fáticas.

Assim, a primeira parte cuidou da íntima relação entre o homem, a sociedade e o direito, sempre sob a ótica da justiça; sendo certo que, a proposta metodológica tecida desde as primeiras linhas do projeto, obrigava a perquirir o embate entre o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Para a consecução da tarefa, exigia-se, pois, a fixação de alguns limites, o que se fez com a divisão da escola jusnaturalista em três “momentos”: a origem Greco-romana (Aristóteles e Cícero), o naturalismo teológico (Agostinho e Tomás de Aquino) e o contratualismo jurídico (Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau).

Insta destacar que a intenção foi a de definir figuras que justificassem a relação entre o homem, a sociedade, o direito e a justiça, que foram: a virtude, o dogma e a vontade.

Claro que a análise não poderia ser linear, uma vez que a História não é construída de fatos “retos”, senão de acontecimentos que somados constituem os fenômenos. Tal assertiva é fundamental para corroborar que a rediscussão sobre o jusnaturalismo ocorrida nos séculos XVII e XVIII da era Cristã, permitiu, a um só tempo, a fundamentação para o juspositivismo e o fortalecimento do sentimento de constitucionalismo.

Sobre o juspositivismo, a base foi creditada as lições de Hans Kelsen (já no século XX) que, num sentido próprio, identificou a razão de que as normas jurídicas enquanto objeto de manifestação da “Ciência do Direito” deveriam ser analisadas apenas por critérios internos e, nunca, por referências metodológicas emprestadas de outras ciências, ainda que sociais.

Por óbvio, a consequência se daria na superposição do legislativo sobre as demais funções estatais, uma vez que esta função se legitimaria no poder de criar as normas jurídicas (legiferação), ou seja, construir a norma posta dentro dos limites, formais e materiais, trazidos pela norma hipotética fundamental.

Falar em norma hipotética fundamental significa enrijecer o constitucionalismo, haja vista que é sobre esta premissa que se assenta a força da Constituição [federal ou nacional], isto é, passa a ser considerada como a norma

jurídica de supremacia em que as demais “leis” devem buscar seu fundamento último de validade.

Ademais, se for acrescido a esta certeza o fato de que o movimento do contratualismo jurídico influenciou (e foi influenciado) as manobras de reconhecimento do homem nas estruturas sociais como centro de discussão do poder político (aquele que detém o poder e para quem este mesmo poder deve ser exercido) que se desdobrou na ideologia “democrática”, tem-se como certo que este é o melhor ambiente para se defender a criação da existência de “Estados Democráticos de Direito”²⁰².

Como é cediço, os “Estados Democráticos de Direito” defendem o exercício do poder político por três funções estatais (aos moldes do constatado por Montesquieu em seu “Espírito das Leis”), cada uma responsável por um núcleo de atuação: ao executivo incumbe cuidar da administração pública; ao legislativo impõe-se a legiferação; e, ao judiciário, a jurisdição.

Com a sedimentação da estrutura e definida a relação do que se chamou de premissas ideológicas, passou-se ao segundo grupo de abordagem, denominado de “premissas críticas” que teve o condão de auspiciar o debate sobre a questão da crise da justiça via apresentação de seis caminhos que permitiram uma ampla visão da extensão do problema.

Por destaque, insistiu-se na visão de Kelsen como representante da doutrina juspositivista para concluir que não existe, em sentido restrito da norma jurídica, a justiça absoluta; senão uma variável advinda do sentimento de que as “leis” manifestam a vontade do legislador em dado momento histórico, o que admite a justiça relativa, concebida sobre a idéia de ser o valor moral contido na norma que traga a satisfação ao máximo possível de pessoas.

O contraponto necessário foi dedicado ao pensamento romano recopilado no Digesto de Justiniano que, por conter valores morais em comunhão com regras de direito, permite a sutil abstração de representar uma variável do pensamento moderado com traços jusnaturalistas. Afinal, o que se buscaria seria “dar a cada um o que a ele pertence”.

Fomentado o debate de raiz, as críticas mais específicas foram conclamadas ao debate, o que se fez colacionando o pensamento de Bonafé-

²⁰² Uma equação bem apresenta o tema: “Estado Democrático de Direito” = Constituição + povo.

Schmitt que reconhece a inflação normativa; mas, principalmente, o excesso de processos que se avolumam nos corredores forenses em função da mudança de paradigma social sintetizado pela idéia de que o homem foi alçado, pelas contingências, a condição de litigante em potencial. Daí porque conclama a sociedade ao movimento de “desjuridização”, entendido como o afastamento das controvérsias do poder judiciário que, por ser demasiadamente formal e estar afogado em excesso de processos, não consegue entregar a tutela jurisdicional no sentido de fazer justiça (sua solução real para o problema é a difusão da mediação).

Em seguida passou-se a doutrina de Georges Ripert e sua crítica à instabilidade do ordenamento jurídico por força de um falso argumento de que as inovações científicas obrigam a atualização célere e incondicionada das leis. Em verdade, para o jurista francês, as leis quanto mais antigas, melhor são cumpridas.

De Piero Calamandrei emprestou-se sua “crise da desconfiança” construída sobre a real situação de que os modelos latinos pendem a constituir um sistema que defende a prevalência do sofismo e da arte da retórica em detrimento da busca da verdade real. Daí que os operadores do direito se tratam com desconfiança e, por conseguinte, a boa justiça não é prestada.

Não por acaso, o segundo grupo foi encerrado com o pensamento de Mauro Cappelletti, especificamente pela lucidez de sua análise sobre o acesso à justiça que permitiu, em remissão a terceira onda, construir um fundamento lógico para abordagem da atuação prática do poder judiciário em referência a “crise da justiça”: a idéia de “agigantamento do poder judiciário”.

Nestes termos, quando se fala de “agigantamento do poder judiciário, forçosamente devemos afunilar o estudo para o exercício da jurisdição (em detrimento a qualquer outra função estatal) e, por conseguinte, passa a ser a decisão judicial o principal fenômeno de abordagem.

Nesta pesquisa não foi diferente, conforme se abstrai da terceira parte do capítulo que se preocupou em apresentar o “julgado”.

Para compreensão plena enveredou-se pela seara dos limites da decisão judicial para, primeiramente, promover-lhe a identificação; e, passo seguinte, caminhar no sentido de que tais atos criam direitos, ou seja, o juiz quando profere a decisão judicial cria o direito do caso concreto, uma vez que faz convergir à lei geral para a situação real da vida social; e, esta constatação, por si só, já

esclarece que se trata do exercício da interpretação e, não, da legiferação. Portanto, o juiz de direito é intérprete autêntico, mas não legislador.

Assim, se se aceita que o juiz “cria o direito do caso concreto” quando faz convergir à lei geral para a situação sub-júdice, estar-se-á diante do comando de que o exercício da jurisdição, além de perquirir a justiça (tomada nos valores morais da norma jurídica), deve assentar em decisões judiciais igualitárias²⁰³ que permita a certeza de que casos similares serão resolvidos similarmente; e, tal situação, somente é possível quanto os tribunais uniformizam seus entendimentos.

Eis a conclusão lógica: a uniformização dos entendimentos dos tribunais afasta a crise da justiça no sentido de decisões díspares [*rectius*, divergentes], pacificando e tranquilizando a sociedade que, antes mesmo da demanda, já sabe qual é a interpretação convergente para aquele caso suscitado. Daí porque conclamamos o judiciário a “pacificar os julgados”.

²⁰³ O capítulo, por este argumento, invocou a abordagem dos atos do juiz de direito, tanto no sistema brasileiro (despachos, decisões interlocutórias e sentenças), quanto no modelo argentino (as várias manifestações das “*sentencias*”).

CAPÍTULO 2 – DIREITO ARGENTINO: RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY

A preocupação com a boa prestação jurisdicional alcançada com a harmonia entre a segurança jurídica e a efetividade da justiça (princípios de raiz para os sistemas positivistas) entrega, no modelo argentino, ao *recurso de inaplicabilidad de la ley* a árdua missão de reestruturar a jurisprudência no sentido de proferir sentenças mais comprometidas com os limites da lei, o que somente se consegue com a uniformização da interpretação.

Neste sentido, cuida o presente capítulo de apresentar, sucintamente, o modelo argentino, cuja ênfase do tema, pacificação de julgados, repousa na plena compreensão do mencionado *recurso de inaplicabilidad de la ley*.

De início, destaca-se que se preferiu apresentar – em verdade o caráter didático da pesquisa conduziu a este sentido - toda uma estrutura normativa convergente que somente seria possível partindo do constitucionalismo com destaque do modelo de federação, enveredando para a identificação do sistema processual civil (traços familiares, rigidez positivista e estrutura institucional) que, indubitavelmente, chegaria às vias recursais; e, nesta, ao recurso específico referente à pacificação da interpretação da norma jurídica (*inaplicabilidad de la ley*) que se constrói sobre a indispensabilidade da formulação da *doctrina legal*²⁰⁴ fundada sobre os *fallos plenarios*²⁰⁵.

²⁰⁴ Para o sistema argentino, a *doctrina legal* vem apostada, num sentido amplo, como jurisprudência tomada no caminho das decisões (*fallos*) que, obviamente, já foram pacificadas pelos tribunais. Em síntese, o instituto se preocupa em uniformizar os entendimentos acerca da base jurídica a ser aplicada ao caso concreto, pelo que, após a formação da maioria, passa a ser de obrigatória aplicação (maiores considerações serão tecidas linhas adiante, especialmente no item 2.4.E.11).

²⁰⁵ O vocábulo “*fallo*” empregado no Direito Processual Civil hispânico (em maior escala no argentino) não encontra tradução segura para o português. No entanto, em sentido amplo, pode ser considerado como uma decisão tomada por pessoa investida de competência necessária para resolver uma questão duvidosa, de forma que, ao importarmos para o mundo jurídico, deve assumir a acepção de sentença proferida por um juiz ou um tribunal (em maior proporção este último) que contenha um pronunciamento decisivo ou imperativo.

Observa-se, pois, que “*fallo*” também pode ser assemelhado ao termo em português “julgado”; de sorte que a qualidade *plenario* denota o julgado tomado em tribunal (essência colegiada), em regra, invocando todos os componentes da casa julgante.

2.1. CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO: ESCORÇO DESCRITIVO SOBRE O MODELO DE FEDERAÇÃO

Em tom inicial, há que se esclarecer que qualquer estudo dirigido sobre o ordenamento jurídico argentino passa pela necessária análise sobre o seu modelo constitucional (ainda que por breve menção), especialmente no que concerne à construção de sua forma de Estado lastreada na federação que, além de bem ilustrar os fenômenos históricos, ainda permite a compreensão da estrutura legislativa bipartida, ao menos, pelas searas: federal e provincial.

Assim, as linhas que se seguem têm o condão de apresentar, convergentemente – isto é, pendendo ao tema de fundo que tem essência naturalmente processual civil de repercussão federal -, os fenômenos alinhados que serviram de base para a atual estrutura constitucional argentina e, por via de conseqüência, permite-nos o corte metodológico amparado em fundamentos lógicos para enfrentamento apenas da lei processual civil de cunho federal (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* – CPCyCN) conforme autoriza e justifica a Lei Suprema (*Constitución Nacional* – CN).

2.1.A. Antecedentes: instauração da forma federativa

A primeira metade do século XVI da era Cristã tem especial importância para a construção do sentimento de nação para o povo argentino, haja vista que denota a colonização do extremo sul atlântico das Américas pela Coroa Espanhola.

A natural conseqüência do estabelecimento espanhol na região foi, além da miscigenação entre o ameríndio e o branco europeu, a implementação de uma região administrativa que gerisse – controlasse - os interesses da metrópole na colônia, o que originou o “Vice-reino do Rio da Prata”.

Por óbvio, os vice-reis deveriam administrar a região nos limites – inclusive jurídicos – dos ditames exarados pelo Rei²⁰⁶. Eis a estrutura que, grosso modo, perdurou por quase trezentos anos...

²⁰⁶ Com o sucesso das navegações e a colonização das Américas, tornou-se impossível para o rei exercer, por si, direta e pessoalmente, o controle mediante a centralização das funções essenciais: executiva, legislativa e judiciária. Assim, ganhou corpo a figura da delegação e da transferência de poderes pelo que se viu constituir os

Como é cediço, o século XIX foi marcado pelo declínio do movimento de colonização (especialmente nas Américas), em muito devido ao ideal libertário levantado e difundido pelas premissas franco-americanas²⁰⁷; pelo fortalecimento do constitucionalismo; e, quanto à questão espanhola, a invasão de seu território levada a cabo por Napoleão Bonaparte em 1808 que culminou com a queda da dinastia dos Bourbons²⁰⁸.

O somatório destes elementos colimou - na então colônia -, com a chamada *Revolución de Mayo*²⁰⁹, cujo sucesso representou, ao mesmo tempo, a ruptura com a dominação da metrópole espanhola (fim do “período hispânico”) e o surgimento do sentimento de autonomia fundado na necessidade de se instaurar uma “República Constitucional”.

Este segundo fenômeno marcou o nascimento do constitucionalismo argentino, cujo ápice se deu com a elaboração da Constituição de 1853²¹⁰ e a subsequente – e necessária – Reforma de 1860, uma vez que, no primeiro momento, “Buenos Aires não participou da Convenção Constituinte, nem jurou a nova Constituição de 9 de julho de 1853”²¹¹, somente vindo a aderir a “Confederação Argentina” após a Batalha de Cepeda que se findou com o *Pacto de Unión de San*

vicereyes (vice-reis) – para a gestão executiva e a presidência das audiências (autoridade judicial máxima); *capitán general* (capitão geral) – com funções eminentemente militares que estava subordinado ao vice-rei; *goberadores* e *intendentes* (governadores e intendententes) também de função executiva com o múnus de assessorar o vice-rei; e os *cabildos* (estruturas administrativas de grande importância para a descentralização provincial e municipal) que “*Cumplieron funciones de administración comunal, registral y electoral, además de judiciales, por medio de los citados alcaldes, de cuyas resoluciones se apelaba, según los casos, al propio cabildo o la audiencia.*”. SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo I. 3 ed. Buenos Aires: Ástrea, 2001; p. 189.

“*En la esfera judicial, operaron los alcaldes y jueces reales, en la primera instancia; y en segunda, las audiencias (algunos de cuyos fallos eran apelables ante el Consejo de Indias, sito en España). Hubo igualmente tribunales especializados: el Consulado, las juntas superiores de Real Hacienda, el Protomedicato, los órganos jurisdiccionales del fuero universitario, el Tribunal de Minería, jueces eclesiásticos como los del Santo Oficio de la Inquisición, y el de la Santa Cruzada, etcétera.*”. Sagüés, op.cit., p. 188.

²⁰⁷ Dir-se-ia a Revolução Francesa (com seu ápice em 1789) e a Independência das Treze Colônias (tomada em 1776).

²⁰⁸ BIDEGAIN, Carlos Maria. *Curso de Derecho Constitucional*. v. 1. Revista e Atualizada por Eugenio Luis Palazzo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005; p. 153.

²⁰⁹ Levante revolucionário tomado, no mês de maio de 1810, na capital do “*Virreinato del Río de la Plata*” (Buenos Aires) que culminou com a deposição e expulsão do então vice-rei Baltasar Hidalgo de Cisneros que representava os interesses diretos do Rei de Espanha; com a subsequente instauração, em 25 de maio do mesmo ano, da Primeira Junta composta, na forma colegiada, por um presidente, seis vogais e dois secretários.

²¹⁰ Responsável pela criação da “Confederação Argentina” que, em síntese, é bem explicada por Sagüés, op. cit., p. 207: “*Pese que a adoptaba el título ‘Constitución de la Confederación Argentina’, y que reiteraba muchas veces en el texto la palabra ‘Confederación’ (arts. 3º, 5º, 13, etc.), lo cierto es que en otros artículos se empleó el término ‘federal’ (arts. 1º, 6º, 27. etc), que era el que más se ajustaba a la estructura política adoptada.*”.

²¹¹ Bidegain, op.cit., p. 163, tradução pessoal.

José de Flores firmado em 10 de novembro de 1859 e que culminou com a reforma de 1860²¹².

No que concerne aos aspectos doutrinários, os projetos de Constituição levados a debate pelo movimento constituinte, forçosamente destacam a maior influência das premissas liberais estadunidenses – e, em menor escala, as francesas –, como se verifica, por exemplo, na defesa do pensamento de Juan Bautista Alberdi ao firmar como pilar do liberalismo democrático a restrição à participação do Estado, uma vez que a liberdade individual e a igualdade perante a lei deveriam ser princípios fundantes das relações internas²¹³; ou, a influência de Benjamín Gorostiaga, ao defender a instauração do veto executivo sobre a produção legislativa como mecanismo de conservação do equilíbrio entre as duas funções estatais (legislativo e executivo)²¹⁴; ou, ainda, o inquestionável apoio político de Pedro de Angelis à defesa da idéia de federação e do presidencialismo²¹⁵.

Abstrai-se, portanto, que a Nação Argentina²¹⁶ nasceu juridicamente imbuída de se firmar como Estado de Direito que adotava a forma federativa (com as ressalvas tecidas sobre a idéia de confederação), aos moldes do exemplo estadunidense, sendo certo que as reformas posteriores reconhecidamente válidas de 1860, 1866, 1957 e 1994 perquiriram o mesmo caminho²¹⁷.

2.1.B. Efetividade constitucional: a federação na reforma de 1994

De início, insta lembrar que a última reforma teve o condão de expungir o Estado de exceção imposto pelos anos de ditadura militar que se findou

²¹² Neste ato se abandona, de vez, a idéia de “Confederação” e se adota a de “Nação Argentina” (Bidegain, op.cit., p. 163).

²¹³ DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Manual de Derecho Constitucional*. 1 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004; p. 21.

²¹⁴ Dalla Via, op.cit., p. 19.

²¹⁵ Dalla Via, op.cit., p. 24.

²¹⁶ Em menção ao texto do art. 35 da CN que dispõe: “Art. 35. *Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata; República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras ‘Nación Argentina’ en la formación y sanción de las leyes.*”

²¹⁷ “Al haber adoptado nuestra Constitución el federalismo como forma de Estado se plantean importantes cuestiones, no solamente en orden a las competencias jurídicas de las unidades territoriales internas, sino también en cuanto al origen histórico de las mismas. Buena parte de estos debates han surgido a partir del modelo norteamericano que se tomó como ejemplo a seguir para superar las desavenencias históricas entre unitarios y federales”. Dalla Via, op.cit., p. 651.

em 10 de dezembro de 1983²¹⁸, sendo certo que se restabeleceu, “de modo espontâneo e automático”²¹⁹, a força da Carta Histórica; o que se fez mediante a consolidação dos princípios basilares da supremacia da norma constitucional e da soberania do poder popular.

No que concerne à supremacia da norma constitucional, facilmente se depreende que a Constituição Nacional é a norma jurídica de superposição em que todas as demais deverão buscar em seu texto – e também em suas premissas e princípios – o fundamento último de validade (parâmetro Kelseniano). Assim, todos e tudo devem respeitar a Constituição, inclusive o próprio Estado (*ex vi*, CN, art. 1º²²⁰ c/c art. 31²²¹ c/c art. 5º).

Já a soberania popular se encontra consignada na ordem institucional de preservação da forma representativa republicana a que alude o art. 1º da CN (renovada no art. 5º²²²), de sorte que os representantes (*ex vi*, CN, art. 45²²³, primeira parte – deputados –; art. 54²²⁴ – senadores –; art. 94²²⁵ – presidente da nação), para a prática de atos de governo válidos em nome do Estado, devem ser eleitos pelo povo, mediante o sufrágio universal, igual, secreto e obrigatório (CN, art.

²¹⁸ Deu-se por força do golpe de Estado conhecido como *Proceso de Reorganización Nacional* ocorrido em 24 de março de 1976, em que foram suspensos os direitos constitucionais em função da gestão dos interesses públicos coletivos por uma Junta Militar que repartia com o Presidente *de la Nación* o exercício dos poderes executivo e legislativo.

²¹⁹ Sagüés, *op.cit.*, p. 226.

²²⁰ “Art. 1º. *La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.*”.

²²¹ CN, “Art. 31. *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*”.

²²² CN, “Art. 5º. *Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.*”.

²²³ CN, “Art. 45. *La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.*”.

²²⁴ CN, “Art. 54. *El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto.*”.

²²⁵ CN, “Art. 94. *El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.*”.

37²²⁶). Há que se mencionar que o binômio titularidade-legitimidade encontra-se consagrado no modelo argentino²²⁷, ou seja, a República Argentina conserva a ordem de que o poder político “é” do povo (titularidade) que o exerce por representantes eleitos mediante o sufrágio a cargo dos cidadãos com o escopo precípua de gerir os interesses coletivos (legitimidade)²²⁸.

Pois bem, consignadas as bases institucionais da Constituição Federal, passou-se a ratificação da forma federativa de Estado, sempre sob a ressalva contida na idéia de superação das disputas históricas entre defensores do modelo unitário e dos federalistas que se desdobrou, entre outras ocorrências, na má oposição do modelo de confederação, o que se fez mediante a repartição de competências entre o governo federal e os governos provinciais (tema que merecerá maior cuidado nas linhas que se seguem), como mecanismo hábil de conservação do chamado “federalismo cooperativo”²²⁹, como bem esclarece Dalla Via:

“El federalismo de cooperación se opone a la versión clásica original del federalismo de confrontación donde las unidades políticas territoriales, especialmente el estado federal y las provincias aparecen enfrentadas y en competencia a fin de asegurar el control recíproco garantizando los derechos individuales de los habitantes. (...) acude a la concertación y al diálogo cooperativo entre las jurisdicciones territoriales, defendiendo el valor contractual

²²⁶ CN, “Art. 37. Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. (...) La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.”

²²⁷ O destaque é necessário em face da previsão normativa da primeira parte do art. 22 da CN, *in verbis*: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.”

²²⁸ Eis a idéia legada no preâmbulo: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.”

²²⁹ A doutrina construída sobre esta base pende a distinguir o federalismo pelo exercício prático abstraído do convívio diuturno da sociedade em dado Estado, de sorte que o chamado “federalismo clássico” é destinado ao modelo apresentado pela Constituição Norte-americana de 1787; enquanto que o “federalismo cooperativo” melhor se adequaria a Argentina por prever, dentro da repartição clara de competências, áreas de manifesta participação conjunta das províncias, sempre sobre o olhar atento dos interesses coletivos levados a cabo no sentido de “Nação”, ou seja, a reunião de todas as províncias.

*de las leyes convenio como instrumentos jurídicos adecuados a la finalidad perseguida de refundar el federalismo. (...)*²³⁰.

Observa-se, portanto, que a idéia de convívio harmônico na busca da satisfação dos interesses coletivos entre o governo federal e os governos provinciais advém das premissas de segurança consignadas na Constituição Nacional, de sorte que é vedada a intervenção federal nas províncias (CN, art. 5º c/c art. 123²³¹ c/c art. 122²³²), salvo para garantia da forma republicana, para defesa contra invasões externas, ou por requisição pelos governos locais legitimamente constituídos para estabilidade da ordem interna (CN, art. 6º²³³ c/c art. 127²³⁴); bem como se adota a política de igualdade entre as províncias sempre tomada no sentido de que não há distinção geral entre elas (CN, art. 7º²³⁵).

2.1.C. Estabilidade federativa: repartição de competências

Firmada a premissa de que o modelo de federação argentino se assenta sobre a base da cooperação entre o governo federal e os governos provinciais, traz-se a idéia de que a dita convivência harmônica deriva do cumprimento das normas constitucionais, dentre as quais se destaca o fenômeno da repartição de competências, tomado sobre a bandeira de que as províncias conservam todo o poder não delegado pela Constituição Nacional ao governo federal.

Perquirindo este fundamento determina o art. 121 da Constituição Nacional que *“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por*

²³⁰ Dalla Via, op.cit., p. 662.

²³¹ CN, *“Art. 123.- Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.”*

²³² CN, *“Art. 122.- Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.”*

²³³ CN, *“Art. 6º. El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.”*

²³⁴ CN, *“Art. 127. Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley.”*

²³⁵ CN, *“Art. 7º. Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán.”*

pactos especiales al tiempo de su incorporación”, de sorte que os poderes constituídos na esfera federal somente poderão ser exercidos nos limites da previsão constitucional, impondo-se a idéia de se tratar de norma fechada, como bem salienta Dalla Via:

“(…) Se trata de una ‘norma de clausura’ del sistema entre el Estado federal y las provincias. Si la primera norma de clausura del sistema constitucional, que es nuestro art. 19 señaló que la libertad es el principio para las personas, en tanto que la limitación es el principio para el poder; aquí el art. 121 está diciendo que los poderes del Estado Federal se encuentran limitados a lo establecido por la Constitución en los arts. 75 (Poder Legislativo), 99 (Poder Ejecutivo), 116 y 117 (Poder Judicial) y 120 (Ministerio Público²³⁶); de modo que los poderes que no han sido expresamente delegados corresponden, por principio constitucional, a las provincias, por eso nos encontramos ante un segundo principio de reparto del orden constitucional.”²³⁷.

Portanto, a primeira lição que se abstrai é que as províncias – aos moldes do Estado federal – devem se constituir por atos formais que não se choquem com a reserva de competência, cuja denominação também é de Constituição (CN, art. 5º c/c art. 123), o que, forçosamente, nos lega a idéia de que o poder constituinte provincial é secundário.

2.1.D. Notas gerais sobre as províncias

O sistema provincial argentino data de período anterior ao próprio constitucionalismo interno, de sorte que todo o debate sobre a federação deve, forçosamente, respeitar a autonomia conseguida, historicamente, pelos entes em separado.

Assim, temos, após a reforma de 1994, a contagem de vinte e três províncias (com a permissibilidade constitucional de criação de novas desde que

²³⁶ O *Ministerio Público*, no modelo argentino, é reconhecido como um órgão bicéfalo, uma vez que se subdivide em duas áreas de atuações diametralmente opostas que se convencionou tratar como *Ministerio Público de la Fiscalía* e *Ministerio Público de la Defensa*. Vale ressaltar que será mais bem deslindado adiante, por ocasião da *autoconvocatoria*.

²³⁷ Dalla Via, op.cit., p. 652.

observadas as orientações democráticas a que alude o art. 13 da CN²³⁸) instituídas por suas próprias constituições (ao que se registra o *status* de superposição normativa), bem como o tratamento diferenciado outorgado a *Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (alçada ao “tratamento de província”, nos termos do art. 129²³⁹ da Carta Constitucional Nacional).

Politicamente, renova-se o comando de que as províncias devem respeitar, em seus atos e normas, as regras constitucionais federais; sendo-lhes, no entanto, permitida a criação de regiões para desenvolvimento econômico e social (esclareça-se que as províncias conservam o domínio sobre os recursos naturais encontrados em seus respectivos solos), conforme dispõe o art. 124 da Lei Maior.

Ademais, admite-se, nos termos do art. 125 da CN, que “as províncias podem celebrar tratados parciais para fins de administração da justiça, de interesses econômicos e trabalhos de utilidade comum, com conhecimento do Congresso Federal; e promover sua indústria, a imigração, a construção de ferrovias e canais navegáveis, a colonização de terras de propriedade provincial, a implementação e estabelecimento de novas indústrias, a importação de capitais estrangeiros e a exploração de seus rios, criados mediante leis específicas e com recursos próprios”²⁴⁰.

Dentre as vedações, atenta-se para impossibilidade das províncias instituírem Códigos Civil, Comercial, Penal e de Mineração, depois da legislação pelo Congresso Federal (CN, art. 126²⁴¹); previsão esta que faz surgir uma questão deveras intrigante para a pesquisa de fundo: o Direito Processual Civil – e seu respectivo Código – devem também respeitar a dita restrição? Ou, em outros termos,

²³⁸ CN, “Art. 13.- *Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso.*”.

²³⁹ CN, “Art. 129.- *La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. (...) En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones.*”

²⁴⁰ Apreensão pessoal do dispositivo legal.

²⁴¹ CN, “Art. 126.- *Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.*”.

podem as províncias legislar sobre matéria processual (ou, em linguajar científico interno, procedimental)?

2.1.E. Podem as províncias legislar sobre matéria processual?

Por força do pensamento construído, resta evidente que, pela lógica, as províncias podem deliberar [*rectius*, legislar] acerca da matéria processual, especialmente civil, haja vista que não se trata de tema reservado ao Congresso Federal. Em verdade, a afirmação encontra respaldo no texto do art. 75 da CN que não impõe qualquer restrição.

Em síntese, tem-se que cada uma das vinte e três províncias, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e o Governo Federal podem, constitucionalmente, deliberar sobre matéria processual civil²⁴².

2.1.F. Conclusão parcial

Não se poderia encerrar esta análise sem um tom conclusivo parcial como pressupunha as primeiras linhas, de sorte que duas constatações se fazem necessárias: a um que a Argentina é uma República constituída sob a forma de Federação “por cooperação” que adota o regime democrático fulcrado na representação que impõe à Constituição Nacional a força necessária para justificar todo o ordenamento jurídico (parâmetro positivista kelseniano); e, a dois, que a autonomia, por manifesta aplicação das premissas construídas sob a bandeira da repartição de competências, outorgada constitucionalmente às províncias para a

²⁴² Em ratificação: cada uma das províncias e a Cidade Autônoma de Buenos Aires resolveram regulamentar o tema em suas constituições próprias, conforme se abstrai dos seguintes dispositivos: Constituição da Província de Buenos Aires, art. 215; Constituição da Província de Catamarca, art. 110, 28º; Constituição da Província de Córdoba, art. 104, 24; Constituição da Província de Chaco, art. 119, 11; Constituição da Província de Chubut, art. 135, 19; Constituição da Província de Corrientes, art. 118, 19; Constituição da Província de Entre Ríos, art. 122, 23; Constituição da Província de Formosa, art. 118, 22; Constituição da Província de Jujuy, art. 123, 9; Constituição da Província de La Pampa, art. 68, 16; Constituição da Província de La Rioja, art. 102, 19; Constituição da Província de Mendoza, art. 99,12; Constituição da Província de Misiones, art. 101, 19; Constituição da Província de Neuquén, art. 189, 16; Constituição da Província de Rio Negro, art. 139, 14; Constituição da Província de Salta, art. 127; Constituição da Província de San Juan, art. 150, 24; Constituição da Província de San Luis, art. 144, 21 e 22; Constituição da Província de Santa Cruz, art. 104, 5 e 19; Constituição da Província de Santa Fé, art. 55, 4; Constituição da Província de Santiago del Estero, art. 132, 26; Constituição da Província de Tierra del Fuego, art. 105, 12; Constituição da Província de Tucuman, art. 67, 21; e, Constituição da Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 81, 2.

regulamentação da matéria processual civil (constatada em cada um dos textos constitucionais internos) faz com que a análise de institutos desta categoria devam ser apreciados individualmente dentro dos critérios definidos para consecução de seu fim, de sorte que, para efeitos de estudo do *recurso de inaplicabilidad de la ley* (a própria pretensão final) há que se afastar, desde já, das estruturas provinciais para adoção dos comandos normativos advindos eminentemente do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, ou seja, a pesquisa pende para a análise da estrutura federal em detrimento das premissas provinciais.

2.2. ASPECTOS PROCESSUAIS CIVIS: IDENTIFICAÇÃO DE UM SISTEMA

Os estudos sobre o modelo de federalismo argentino permitem a renovação da certeza de que cada Estado soberano guarda em si peculiaridades que repercutem diretamente na identidade de seus sistemas normativos, de sorte que o presente estudo tem o condão de firmar, justamente, a imagem do modelo argentino.

Destarte, partindo da ratificação de que se está diante de uma construção filiada à família Romano-germânica²⁴³ que, por óbvio, perquire os ideais positivistas, pender-se-á a apresentação dos fundamentos sobre os quais se assenta a norma processual civil que lastreará a análise de fundo. Eis a justificativa para a apresentação do CPCyCN sempre voltado, em último grau, ao *recurso de inaplicabilidad de la ley*.

²⁴³ A denominação pressupõe uma origem remota advinda do Direito Romano que se perdeu nos anos que se seguiram a queda do império; mas que, notoriamente, foram ressuscitados e reinterpretados (surgimento do viés científico), dando origem a novos modelos que sobreviveram e se desenvolveram na Europa continental do século XIII. Sobre o tema, valorizam-se os critérios propostos por René David que parte do pensamento de que “A época em que surge, do ponto de vista científico, o sistema de direito romano-germânico é o século XIII. (...) Um primeiro período começa, no século XIII, com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades (...) Durante cinco séculos o sistema vai ser dominado pela doutrina, sob a influência principal da qual a própria prática do direito evoluirá nos diferentes Estados. A doutrina preparará, com a Escola do Direito Natural, o despertar do período seguinte, aquele em que ainda atualmente nos encontramos – período no qual o sistema será dominado pela legislação.”. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; p. 35.

2.2.A. Família Romano-germânica

Preliminarmente, denota-se a importância do estudo recair, essencialmente, sobre o sistema romano-germânico, haja vista que é sob esta família de direito que a América Latina se constituiu histórica e juridicamente, merecendo maior relevo para a abordagem.

Em poucas linhas, destaca-se que este fenômeno se deu por ingerência direta das metrópoles espanhola, portuguesa, francesa e holandesa²⁴⁴; que, ao exercerem os costumes de colonização das Américas, impuseram seu direito sobre os conquistados. Eis a justificativa para a conservação das premissas romano-germânicas em terras de além-mar (insta lembrar que o mundo civilizado e conhecido era o continente europeu): a própria tradição iniciada pelos conquistadores (diga-se especialmente importante para o constitucionalismo argentino e, com maior ênfase, para a formação da identidade federativa a que se aludiu anteriormente).

Amadurecido o pensamento, impõem-se a idéia de que a família romano-germânica outorga a lei (em sentido amplo) a condição de principal fonte do Direito (destaque dado à legislação), característica que permite, inclusive, o reconhecimento do próprio sistema²⁴⁵.

De início não se pode renegar que usualmente se considera a lei como a principal fonte. Por certo, a lei é a fonte tradicional do Direito para a família romanística; a primorosa força atuante do Estado pela função legislativa; repositório de normas e comandos sociais; nada se lhe pode frear ou opor. Em face de tais afirmações, uma indagação se faz oportuna: qual é a repercussão para a caracterização do modelo argentino?

De concreto, afirmou-se alhures que o constitucionalismo argentino fincou sua bandeira na luta ao redor da construção da federação, cujo caminho natural seria a criação de um mecanismo que ajudasse a conservar a conquista. Eis um dos fundamentos para a defesa da Constituição Nacional.

Assim, partindo da idéia - amadurecida e fortalecida até a reforma de 1994 - de que a Constituição Nacional representa o ápice do ordenamento jurídico

²⁴⁴ Como representantes mais ilustres, da época, de caracterização do sistema (século XIII).

²⁴⁵ Dentre as diversas funcionalidades, admite-se como critério válido de distinção que, se o modelo romano-germânico sustenta a lei como principal fonte do Direito, a *common law* defende a jurisprudência. Valendo a ressalva que, não só a acepção é distinta, mas, especialmente, a origem dos atos judiciários.

(princípio da supremacia da norma constitucional) por ser fruto de sua efetividade histórico-social (nasceu de um movimento que geriu uma Constituição histórica²⁴⁶), bem como por manifestar a gestão democrática do sistema de representação (princípio da soberania do poder popular), é que se justifica a ordenação de todo um sistema que penda a ratificar a força normativa do Texto supremo que, indubitavelmente, serve de fundamento para as demais leis.

Em tom objetivo, dir-se-ia que, a partir do momento em que se constrói um modelo amparado na lei (reforçado pelo sistema de hierarquia normativa) como instituto responsável por regulamentar as condutas humanas, estar-se-ia diante de uma estrutura constitucional que prestigia o poder legislativo em detrimento dos demais poderes. Eis a primeira constatação: o sistema jurídico argentino, ao se filiar a família Romano-germânica, assume, além da clara opção pelo modelo constitucional, a efetiva simpatia pela lei como principal fonte do Direito; e, naturalmente, outorga ao legislativo a prevalência sobre os demais poderes.

2.2.B. Ode ao positivismo

O eco que deve ressoar do grito natural da construção de um Estado constitucional de Direito que encontra na lei a sua principal fonte é o de assunção ao positivismo jurídico – na Argentina não é diferente.

Por falar em positivismo jurídico, não podemos nos olvidar em trazer a colação as lições de Hans Kelsen, de sorte que a sua Teoria Escalonada – popularmente conhecida como teoria/estrutura piramidal – identifica-se plenamente com o modelo argentino, uma vez que se encontra consignada a premissa de que nada pode ofender a Constituição, haja vista que é esta a Lei Fundamental do Estado que justifica (ou pelo menos deveria) a validade de todo o ordenamento.

Nesse sentido, determina-se o fundamento para reconhecimento de uma jurisdição constitucional que encontra no controle de constitucionalidade seu fiel

²⁴⁶ “(...) tratando-se de uma Constituição que é historicamente a primeira, tal só é possível se pressupusermos que os indivíduos se devem conduzir de acordo com o sentido subjetivo deste ato, que devem ser executados atos de coerção sob os pressupostos fixados e pela forma estabelecida nas normas que caracterizamos como Constituição, quer dizer, desde que pressuponhamos uma norma por força da qual o ato a interpretar como ato constituinte seja de considerar como um ato criador de normas objetivamente válidas e os indivíduos que põem este ato como autoridade constitucional.”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; p. 51

defensor; ao mesmo tempo em que lega aos órgãos do Poder Judiciário, incluindo o juiz de direito, o dever de aplicar a lei ao caso concreto²⁴⁷.

Ademais, passa a prolatação de sentença²⁴⁸ a se desdobrar em dois caminhos: declara a constitucionalidade da lei a ser aplicada como fundamento da decisão e constrói um novo viés interpretativo por encerrar as várias visões aplicáveis a norma jurídica, que era geral e abstrata, ao caso concreto e específico, porque atrelado ao fato provado²⁴⁹.

2.2.C. Tríade processual civil de raiz

*“El derecho procesal civil gira alrededor de tres elementos fundamentales que son: la jurisdicción, la acción y el proceso. Esas instituciones son las bases más importantes y en ello coinciden la mayor parte de los tratadistas.”*²⁵⁰.

As bem traçadas linhas colacionadas por Eduardo Martínez Alvarez permitem a certeza de que a estrutura processual [civil] argentina se cinge a relação entre os institutos: ação²⁵¹, processo²⁵² e jurisdição²⁵³; sendo certo que é esta última

²⁴⁷ Eis a ratificação do modelo positivista: ao julgar [*rectius*, proferir sentença] deve o juiz perquirir no ordenamento jurídico aquela norma geral e abstrata que melhor se adéqua ao caso concreto. Afinal, *iura novit curia!*

Ensina Martínez Alvarez: “(...) *la función jurisdiccional comprende, pues, en el sistema de la legalidad no sólo la actividad que el Estado realiza para aplicar la norma general y abstracta, ya existente, al caso concreto y para poner en claro el mandato individualizado que de ella nace, sino también la actividad ulterior que el Estado lleva a cabo para hacer que este mandato concreto sea prácticamente observado (...), también en caso de necesidad, con el mundo exterior y a hacerlo corresponder a la voluntad de la ley (...)* o sea que, *el fin último de la jurisdicción en toda manifestación suya, es el de la observancia práctica del derecho y si ésta no se respeta se habilitará, mediante la fase de ejecución, el empleo de la fuerza.(...)*”. ALVAREZ, Eduardo Mario Martínez. *La jurisdicción*. Em, Revista Conceptos. Ano 66. nº 2. Mar. / abr. 1991; pp. 11/14.

²⁴⁸ Nos termos das sentenças classificadas como definitiva de primeira instância (CPCyCN, art. 163, especialmente o item 5: *Los fundamentos y la aplicación de la ley*) e a definitiva de segunda ou ulterior instância (nos termos do art. 164 do CPCyCN).

²⁴⁹ “*Por ello, la verdadera función jurisdiccional no es únicamente la aplicación del Derecho objetivo (según los códigos), porque también deben darle valor y respeto que las normas ponderan respetando el sentido de la supremacía constitucional. De esta forma, la jurisdicción no sólo le corresponde aplicar las leyes, sino, también, controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos.*”. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal Constitucional – Amparo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004; p. 41.

²⁵⁰ Alvarez, op. cit., p. 11.

²⁵¹ “(...) *Pues bien, el objeto de la actividad jurisdiccional es la ‘acción’ entendida ésta como el tema a indagar o el conflicto a resolver pelo juez.*”. Alvarez, op. cit., p. 11, nota 2.

²⁵² “*La ‘acción’ y la ‘jurisdicción’ se relacionan mediante el ‘proceso’, el cual es un conjunto de operaciones progresivas que tratan de poner acabadamente en conocimiento del juez cuál es el problema a examinar, a los fines de que, oportunamente, pueda resolverlo en la ‘sentencia’, su conclusión normal y el juicio propiamente dicho.*”. Alvarez, op. cit., p. 11, nota 3.

que faz assentar as demais, especialmente por representar o poder-dever²⁵⁴ do Estado-juiz de “administrar a justiça” que o faz “dizendo o Direito”.

Especificamente sobre o modelo argentino, há que se destacar que a jurisdição deve ser considerada por duas óticas: a nacional “... *originada en el poder del Estado y delegada a la Nación por las provincias (art. 94 y ss. de la Constitución Nacional)*”²⁵⁵ e a provincial “... *conservada por las provincias las cuales se dictan sus propias constituciones y aseguran su administración de justicia (artículo 5 de la C.N.)*”²⁵⁶.

2.2.D. O CPCyCN e o “recurso de inaplicabilidad de la ley”

Em idos dos anos sessenta, uma Comissão composta por Lino Enrique Palácio, Carlos Alberto Ayarragaray, Carlos José Colombo, Néstor Domingo Cichero, María Luisa Anastasi de Walger e José Julián Carneiro foi constituída com o fito de promover as reformas necessárias ao *Código de Procedimento Civil y Comercial de la Capital*²⁵⁷.

Após as primeiras reuniões, a Comissão constatou que a reforma, para ser profunda e bem sucedida, deveria romper com a dissociação imposta – historicamente - pela *Ley nº 50*, de sorte que a conclusão acenava pela unificação dos procedimentos e diretrizes processuais entre os tribunais federais e aqueles adstritos a Capital, mormente as já conclamadas dificuldades de interpretação.

Em face dos inquebrantáveis argumentos, o pleito foi aceito, como bem esclarece a própria Comissão:

“Nuestras sugerencias fueron aceptadas y la Secretaría de Estado de Justicia dictó en consecuencia, la resolución 70 del 8 de marzo de 1967, por la cual autorizó a la comisión redactora en materia de Legislación Procesal (Civil y

²⁵³ “(...) *la jurisdicción desarrolla el papel del Estado en el proceso. Es el rol político que tiene pensado para los procedimientos y para la función que debe cumplir en ellos. La jurisdicción dimana de la soberanía y, por eso, se puede hablar de sólo una jurisdicción.*”. Gozáini, op.cit., p. 40.

²⁵⁴ “*Suelen coincidir ambos en la Idea de jurisdicción tiene dos facetas: una, que la atiende como un poder del Estado, y otra, que la interpreta como un deber para con los ciudadanos.*”. Gozáini, op.cit., p. 35.

²⁵⁵ Álvarez, op. cit., p. 12, nota 2.

²⁵⁶ Álvarez, op. cit., p. 12, nota 3.

²⁵⁷ Como dá ciência as Resoluções nº 59/1966 e 11/1967 expedidas pela Secretaria de Estado de Justiça.

Comercial) a elaborar un Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.”²⁵⁸.

Há que se dizer que os argumentos penderam, ao menos, a três bons fundamentos: a um, que as reformas implementadas até então haviam trazido desarmonia e atentaram contra a unidade de todo o ordenamento jurídico; a dois, que nos anos próximos, a doutrina evoluíra substancialmente contribuindo com robustas soluções institucionais²⁵⁹; e, por fim, a considerável produção jurisprudencial que passou a emanar dos tribunais, seja por força das omissões normativas, seja pela árdua missão de reinterpretar normas legisladas no século anterior.

Assim, partindo das conclusões e com a expressa autorização para uniformização, a Comissão passou a elaborar o Projeto, o que se fez com extremo cuidado metodológico de não inflacionar o sistema com excesso de institutos ou de regras, além da necessária preocupação com a eventual importação de modelos estrangeiros²⁶⁰.

As linhas gerais do Projeto firmam a certeza de que sua tônica incide sobre a preocupação em conservar o equilíbrio entre os poderes destinados aos juízes e as faculdades outorgadas às partes, sempre se tomando, ao fundo, a manutenção da harmonia que deve pairar sobre o processo; o que se fez mediante a observância de três orientações:

*“1. Dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección y ordenación de las causas, de manera tal que el proceso, sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, no se desarrolle como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes. (...) 2. Reprimir con mayor severidad y eficacia los casos de inconducta procesal. (...) 3. Suprimir formalidades innecesarias y agilizar, en general, los trámites procesales, eliminando los factores que gravitan en la excesiva prolongación de los juicios.”*²⁶¹.

²⁵⁸ *Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Em, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Org. Eduardo Mario Martínez Álvarez. Buenos Aires: Victo P. de Zavalía, 2008; p. 230.

²⁵⁹ A Comissão faz referência expressa às contribuições trazidas pelos projetos de Jofré (1926), Lascano (1935), Nazar Anchorena y otros (1937), Podetti (1949) e Fernández (1959); e, também, a inovações já implementadas em outros Códigos processuais vigentes nas províncias. *Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, op.cit., p. 229.

²⁶⁰ Como demonstra a Exposição de Motivos (op. cit., p. 230) a ordem era de expungir institutos originados no direito alienígena que não se afeiçoasse ou não se adequasse ao modelo proposto.

²⁶¹ *Exposición de Motivos*, op.cit., p. 231.

Para que as orientações realmente pudessem surtir seus efeitos, a Comissão explica que alguns ajustes tiveram que ser feitos, como a adoção ao *sistema de impulso procesal de oficio*; em que se previu mecanismos necessários para coação a cumprimento de atos ordenados²⁶² (v.g., *la caducidad de instancias*²⁶³ e a aplicação de *sanciones pecuniarias progresivas*²⁶⁴).

Insta destacar que o cuidado metodológico também incidiu sobre a reformulação dos critérios em que os institutos foram agrupados, de sorte que o zelo foi estendido, inclusive, para a alocação dos temas em vias de facilitar a utilização por profissionais e juízes.

A orientação foi tão sensível que repercutiu em dois sentidos: o léxico (preocupação com a atualização, uniformização e substituição de palavras que apresentassem institutos, valendo o registro com o cuidado em não se utilizar mais de um vocábulo para designar o mesmo instituto) e o didático (preocupação em firmar, positivamente, um sentido autêntico para alguns institutos, como se depreende, por exemplo, nos casos das *resoluciones judiciales*²⁶⁵).

²⁶² *Exposición de Motivos*, op.cit., p. 231, nota 2.

²⁶³ “*La caducidad o perención de la instancia constituye un modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando en él no se cumple acto de impulso alguno durante todo el tiempo establecido por la ley (...) Su finalidad es evitar que los procesos sin otro resultado que abultar las estadísticas, mantener la incertidumbre en los litigios y desvirtuar en los hechos los preceptos del Código Civil referentes a la prescripción (...) La caducidad de la instancia es de orden publico y va más allá del interés de las partes afectadas.(...)*”. ÁLVAREZ, Eduardo Mario Martínez. *Responsabilidad del Abogado Derivada de la Caducidad de la Instancia*. Em, Revista Conceptos. Ano 70. nº 5. set. / out. 1995; pp. 17/21.

O CPCyCN regulamenta o instituto do art. 310 ao art. 318, valendo destacar o primeiro: “*Art. 310. Plazos. Se producirá la caducidad de instancia cuando no se instare su curso dentro de los siguientes plazos: (...) 1. De seis meses, en primera o única instancia. (...) 2. De tres meses, en segunda o tercera instancia y en cualquiera de las instancias en el juicio sumarísimo, en el juicio ejecutivo, en las ejecuciones especiales y en los incidentes. (...) 3. En el que se opere la prescripción de la acción, si fuere menor a los indicados precedentemente. (...) 4. De un mes, en el incidente de caducidad de instancia. (...) La instancia se abre con la promoción de la demanda aunque no hubiere sido notificada la resolución que dispone su traslado y termina con el dictado de la sentencia.*”.

²⁶⁴ CPCyCN, “*Art. 37. Sanciones conminatorias. Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. (...) Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. (...) Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.*”.

²⁶⁵ Como ilustração, traz-se a colação a figura das *providencias simples*: “*sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. No requieren otras formalidades que su expresión por escrito, indicación de fecha y lugar, y la firma del juez o presidente del tribunal, o del secretario, en su caso.*” (CPCyCN, art. 160).

Com a bem sucedida comunhão entre os dois sentidos, o CPCyCN passou a ter, na sua estrutura, um verdadeiro índice de utilização e percepção distribuído em sete livros²⁶⁶.

Acerca do estudo de fundo - ou seja, a figura do *recurso de inaplicabilidad de la ley* -, este passou a integrar o texto final (com previsão do art. 288 ao art. 303) sob a bandeira de que se deveria concentrar em um único ato processual os pronunciamentos sobre a declaração da *doctrina legal* aplicável a espécie, em vias de diminuir a demora e as complicações formais²⁶⁷.

O encerramento dos trabalhos da Comissão justificou a remessa ao crivo presidencial mediante a *Mensaje de Elevación* da lavra de Guillermo A. Borda e Conrado Etchebarne, isto em 15 de setembro de 1967, em que se destacou a manutenção do sistema escrito e o regime de *doble instancia*; bem como os objetivos fundamentais consistentes em (...)

*“(...) obtener una eficaz administración de justicia sobre la base de reglas procesales que respondan a las exigencias de celeridad de los trámites y de moralización del proceso, sin coartar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Asimismo, se unifican las normas aplicables, superando la actual dispersión en distintas leyes que dificulta la labor de los jueces y de los profesionales.”*²⁶⁸.

²⁶⁶ “El primero, bajo la denominación de Disposiciones generales contiene cinco Títulos que reglamentan las siguientes materias: órgano judicial, partes, actos procesales, contingencias generales y modos anormales de terminación del proceso. El segundo trata de los procesos de conocimiento y en tres Títulos se ocupa de las disposiciones generales, del proceso ordinario y de los procesos sumario y sumarísimo. El tercero se refiere a los procesos de ejecución y consta de tres Títulos en los cuales se reglamentan la ejecución de sentencias, el juicio ejecutivo y las ejecuciones especiales. El cuarto contempla los procesos especiales, regulando, en siete Títulos, los siguientes: interdictos y acciones posesorias, procesos de declaración de incapacidad, alimentos, rendición de cuentas, mensura y deslinde, división de cosas comunes y desalojo. El quinto, relativo a los procesos universales, se ocupa en dos Títulos del concurso civil y del proceso sucesorio. El sexto, bajo la denominación de proceso arbitral, consta de tres Títulos dedicados a la reglamentación del juicio arbitral, del juicio de amigables componedores y del juicio pericial. El séptimo dedica un Título a los procesos voluntarios y otro a las disposiciones transitorias. Cada Título se divide a su vez, en varios Capítulos, y éstos, en algunos casos, en Secciones.”. *Exposición de Motivos*, op.cit., p. 232.

²⁶⁷ “También se ha creído conveniente no concentrar en un solo acto jurisdiccional el pronunciamiento acerca de la existencia de contradicción y la declaración de la doctrina legal aplicable, por las demoras y complicaciones que se producen cuando el tribunal en pleno debe resolver simultáneamente sobre ambas cuestiones. (...) Las demás disposiciones del Proyecto recogen reglas jurisprudenciales para la sustanciación del recurso que en la práctica han dado resultados satisfactorios (arts. 288 a 303).” *Exposición de Motivos*, op.cit., p. 244.

²⁶⁸ *Mensaje de Elevación*. Em, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Org. Eduardo Mario Martínez Álvarez. Buenos Aires: Visto P. de Zavalía, 2008; p. 227.

Ademais, a *Mensaje de Elevación* sugeriu, sob o fundamento de divulgação do texto e a percepção das reformas, que a *vacatio legis* fosse estendida até 1º de fevereiro do ano seguinte.

A vigência do CPCyCN contribuiu para a evolução do modelo processual (especialmente no que concerne a unificação de procedimentos), embora, nos anos que se seguiram, tenha sido objeto de fervorosos debates e ondas de reforma (que se estendem até os dias atuais), dentre as quais se destaca aquela levada a cabo pela Ley nº 22.434 de dezembro de 1979 de inspiração da Comissão formada por Carlos José Colombo, Néstor Domingo Cichero e Jaime Luis Anaya, convocada por Alberto Rodríguez Varela mediante a *Resolución del Ministerio de Justicia* nº 34, de 23 de novembro de 1978, em “comemoração” aos dez anos de vigência do Código.

A *Mensaje de Elevación y Fundamentos de la Reforma* esclarece que a Comissão preferiu não se restringir aos meros ajustes e adequações técnicas; mas, se aprofundou no sentido de esclarecer e realmente complementar as normas, seja em face dos novos anseios mundiais²⁶⁹, seja por força das constatações técnicas colacionadas no dia-a-dia forense que pediram um maior zelo para com os institutos (necessidade de esclarecimentos).

Independente do argumento, a reforma teve como principal fundamento:

*“proveer a la seguridad jurídica mediante la celeridad del proceso, deben confluir varios factores entre ellos, los principales, la idoneidad del juez, la actuación proba y diligente de los profesionales, una eficaz regulación del proceso y edificios e instalaciones adecuadas”*²⁷⁰.

²⁶⁹ Não se poderia deixar de acrescentar a nota de que, o mundo ocidental, especificamente, viu nascer no início do século XX o movimento de desjuridização [*rectius*, desjudicialização], reforçado na década de sessenta, cuja bandeira tremulava ao sabor do rompimento com o rigor formal da lei (acresça-se o movimento de deslegalização) e a tradicional estrutura judicial que atentava contra a celeridade e, por fim, trazia a insegurança jurídica. O destaque tem pertinência, haja vista que a própria Exposição de Motivos da Ley nº 22.434 atenta para a relação entre o número de causas em trâmite e a quantidade de juízes de direito atuantes, como um dos critérios de determinação da celeridade.

Sobre o tema, leia-se: BONAFÉ-SCHIMITT, Jean Pierre. *Las Justicias de lo Cotidiano: los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*. Tradução e adaptação: F. J. Caballero Harriet e A. I. Irizar Gomez. España: Laboratório de Sociologia Jurídica, 1988; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. 1 reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; e, CALAMANDREI, Piero. *A Crise da Justiça*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

²⁷⁰ Ley 22.434 - *Mensaje de Elevación y Fundamentos de la Reforma*. Em, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Org. Eduardo Mario Martínez Álvarez. Buenos Aires: Victo P. de Zavalía, 2008; p. 265.

A mera leitura já demonstra que a preocupação em manter o espírito anterior fulcrado no controle dos atos emanados dos sujeitos processuais mediante a fixação dos deveres dos juízes e das faculdades para as partes; aliado à necessidade de inovação e aperfeiçoamento (esclarecimento, integração e complementação) passaram a parametrizar a reforma. Destarte, não se conceberiam as inovações se o tratamento outorgado aos sujeitos processuais não sofressem alterações.

Neste sentido, foi objeto de fundo a releitura das condutas do juiz (tomou corpo por dois caminhos: a desoneração do juiz em realizar certas tarefas no exercício da jurisdição – distribuição dos atos com o secretário e o oficial 1º - e a robustez no sentido de exigir do magistrado maior zelo no ato com a previsão, inclusive, de sanção), a modificação do sistema de prevenção e repressão à obstrução ao curso da justiça (especialmente para as partes) e o aperfeiçoamento de alguns institutos processuais, dentre os quais:

“(...) la adecuada regulación de normas sobre competencia, (...) sobre el sistema de notificaciones, régimen de los recursos (en especial, el de inaplicabilidad de ley), incremento de la posibilidad de desestimar in limine incidentes artificiales, y eliminación de algunas formas que conducen a una innecesaria inversión de tiempo.”²⁷¹.

Para nosso estudo, interessa, particularmente, a questão do *recurso de inaplicabilidad de la ley* que foi tratado sobre o seguinte fundamento:

“(...) 3. Es notoria la demora que origina la sustanciación y decisión del recurso de inaplicabilidad de ley, con la grave consecuencia de que la dilación existe no sólo en la causa donde dicho medio de impugnación ha sido interpuesto sino que por obra del art. 301, convocado el tribunal plenario, debe notificarse a las salas”²⁷²

²⁷¹ Ley 22.434 - Mensaje de Elevación y Fundamentos de la Reforma, op. cit., p. 269.

²⁷² Em síntese, as “Salas” representam a divisão física das Câmaras que compõem os Tribunais (por vezes denominados de “Fueros”. Para melhor compreensão, traz-se a colação a estrutura orgânica do “Poder Judicial de la Nación” que se divide em seis partes: o “consejo de la magistratura”, “jurado de enjuiciamiento”, “Fueros con competencia en todo el país”, “Fueros Nacionales”, “Fueros Federales” e “Justicia Nacional Electoral”.

Por afeição ao tema, á que se prosseguir com a estrutura dos “Fueros Nacionales” que se subdividem em: “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial” que conta com cinco Salas nomeadas de “A” até “E”; “Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo” particionada em dez Salas identificadas em algarismos romanos (I a X); “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil” repartida em treze Salas que se inicia na letra “A” e se finda na “M”; e, “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional”, com sete Salas (de “I” a “VII”).

para que suspendan el pronunciamiento definitivo en las causas en que se debaten las mismas cuestiones de derecho. (...) La referida demora da lugar a la anomalía de que mientras todo el Código tiende a lograr una celeridad razonable fijando en algunos casos plazos breves, en cambio cuando se ha declarado admisible el recurso de inaplicabilidad de ley generalmente se abre un largo paréntesis que excede en mucho el tiempo que naturalmente debería demandar el trámite de este medio de impugnación. (...) Las causas de esa dilación (aparte del elevado número de magistrados que deben votar), son principalmente: a) el largo itinerario trazado para el trámite del recurso que, entre otras vicisitudes, tiene la de obligar a que la cámara actúe dos veces en pleno, una para determinar si realmente media la contradicción entre la doctrina de las salas, y otra para resolver sobre el recurso propiamente dicho; b) el examen de admisibilidad se limita a los 'extremos formales del recurso' (art. 293), de suerte que, para poner en movimiento el pesado mecanismo, basta con que quien deduce el recurso lo haga dentro del plazo, señale la eventual contradicción de doctrinas e invoque el precedente jurisprudencial con anterioridad a la sentencia que impugna. No se requiere otra actividad procesal por parte de quien lo deduce. La tentación de interponerlo, aun con deficiente fundamentación parece natural. (...) El proyecto ha cambiado el esquema en cuanto al contenido del examen sobre admisibilidad: ha simplificado el trámite y ha sustituido el régimen de votación por otro que ofrece iguales o mayores garantías en lo que atañe a la concordancia de las opiniones de los magistrados al par que abrevia considerablemente el tiempo que demanda la votación; todo ello, sin impedir que el juez de cámara que juzgue pertinente ampliar la fundamentación pueda hacerlo.²⁷³

2.3. TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO SISTEMA ARGENTINO

Se na primeira parte foram abordados os aspectos constitucionais com a evidente ênfase no federalismo; na segunda, pendeu-se para os aspectos processuais [civis] que ajudaram na identificação do modelo argentino vinculado à família Romano-germânica e filiados ao positivismo, ao mesmo tempo em que, conserva na jurisdição e seus institutos vinculados (ação e processo) consagrados na legislação processual específica à estabilidade da prática; nesta terceira, há que se renovar o método de pesquisa, de sorte que a convergência da abordagem pressupõe que o texto atinja a generalidade que permita a identificação do sistema

²⁷³ Ley 22.434 - Mensaje de Elevación y Fundamentos de la Reforma, op. Cit., p. 270.

recursal – e neste as especificidades que repousam no *recurso de inaplicabilidad de la ley* - sempre sob a ótica normativa do CPCyCN.

2.3.A. Diretriz básica: falibilidade humana²⁷⁴

Não se poderia iniciar a análise sem a constatação de que a busca pela tutela jurisdicional pressupõe que a parte creia fervorosamente que somente o Estado, pela função judiciária e na figura do juiz de direito (afinal a autotutela fora regulamentada e restringida), possa entregar-lhe o bem jurídico pretendido que, forçosamente, retroagirá ao restabelecimento nos casos de lesão ou ao afastamento nos de ameaça ao Direito - por isso se diz que a jurisdição pende à composição dos conflitos de interesses em vias de manter a pacificação social.

Ocorre que a estabilidade social, no que pertine aos “ideais de justiça” (com toda reserva que se possa destacar), esbarra no fato notório de que o juiz de direito é humano, portanto passível de erros; situação esta que o sistema deve restringir sempre buscando corrigir ou sanar os desvios constatados. Eis a grande diretriz recursal: restringir ou ao menos diminuir os erros nos julgados²⁷⁵, uma vez que o Estado não pode assegurar a infalibilidade dos juízes²⁷⁶.

“El recurso es una consecuencia del hecho de que la administración de justicia esté en manos de los hombres, circunstancia por la cual el ejercicio de esa administración se halla sujeto a error. Se trata de un acto procesal propio del justiciable, cuya finalidad es subsanar o corregir el pretendido error que el recurrente atribuye a la resolución recurrida. La reparación del error se pide

²⁷⁴ Eis o tratamento dado por Lino Enrique Palácio quando assenta seu pensamento sobre a forma de ser a falibilidade humana o fundamento para os recursos: *“La razón de ser de los recursos reside en la falibilidad del juicio humano y en la consiguiente conveniencia de que, por vía de reexamen, las decisiones judiciales se adecuen, en la mayor medida posible, a las exigencias de la justicia.”*. PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 18 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004; p. 580.

²⁷⁵ Aqui se poderia determinar – por inspiração de JULIÁ, Luis Álvarez; NEUSS, Germán R. J.; WAGNER, Horacio. *Manual de Derecho Procesal*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1992; p. 314 - o objeto do recurso sob a bandeira de assegurar o maior acerto na solução do litígio com um mínimo de demora no provimento jurisdicional.

²⁷⁶ *“(…) el Estado no podía asegurar a sus subordinados, jueces infalibles, ‘puesto que había que elegirlos entre los hombres. Esta imperfección del hombre, siempre expuesto al error, puede ocasionar a las partes en el litigio, algún gravamen, algún perjuicio, alguna lesión a sus intereses. El Estado tiene un interés propio en que tal error se repare.”*. Juliá, et. al., op.cit., p. 313.

*demostrando la defeción en que incurrido el juez que dictó la resolución recurrida.*²⁷⁷.

As lições de Leguisamón permitem a certeza de que o sistema recursal argentino se constrói no caminho de afastar os erros (advindos da falibilidade humana) eventualmente contidos nos julgados, o que pressupõe a necessidade de reexames das decisões, o que justificaria não só a indispensabilidade da via recursal; mas, também, que esta se construísse sobre o sistema de *doble instancia*.

2.3.B. Doble instancia²⁷⁸

A *doble instancia* (também denominada de *multiple instancia*²⁷⁹) se constrói sobre a idéia do reexame exarado por órgão distinto daquele que originariamente decidiu (primeiro, monocrático; e, segundo, colegiado), de sorte que temos a construção de um sistema judicial baseado na hierarquia de órgãos; ao contrário, do que se assenta a chamada *instancia única* que se caracteriza pela adoção da premissa de que as causas serão resolvidas por um único órgão (em regra, colegiado).

Lembra Juliá, Neuss e Wagner que (...)

*"(...) La doble instancia (primera, unipersonal; segunda, colegiada), se inspira, en cambio, en el propósito de propender a la mayor seguridad jurídica posible, no tanto porque intervengan más magistrados o invariablemente sean más idóneos los miembros del tribunal de alzada, sino porque la posibilidad de un reexamen, por sí misma, es una garantía de acierto."*²⁸⁰.

Observa-se, pois, que as distinções entre os dois sistemas são latentes e hialinas, de sorte que a *doble instancia* conserva a vantagem da segurança jurídica e a desvantagem da demora na prestação jurisdicional, haja vista

²⁷⁷ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: De Palma, 2001; p. 669.

²⁷⁸ Oportuna é a definição de instância da lavra de Leguisamón (op.cit., p. 670, nota 2): "*La instancia es el conjunto de actos procesales que se suceden desde la interposición de la demanda hasta la notificación de la sentencia.*".

²⁷⁹ Leguisamón, op. cit., p. 670.

²⁸⁰ Juliá, et. al, op.cit., p. 313.

que a mera previsão de um sistema recursal complexo baseado na hierarquia com a evidente remessa dos autos para reexame já permite a constatação óbvia deste evento; enquanto que a *instancia única* prestigia a celeridade processual, mas padece com o risco da perpetuação da injustiça sobre a qual se assenta eventual erro.

Ademais, ressalta-se que o sistema de *doble instancia* não é uma garantia constitucional; senão uma questão de política legislativa que vai pender conforme a valoração entre o valor da celeridade e o valor de justiça²⁸¹.

2.3.C. Remédio x recurso

A discussão lastreia-se na dúvida se o recurso seria um ato de impugnação ou um remédio²⁸².

De início, vale a distinção ordinária entre ambos...

A figura de remédio deriva da dinâmica de que o erro processual deve ser sanado pelo próprio órgão prolator da decisão guerreada; enquanto que o recurso pressupõe a busca de um novo exame a cargo de um órgão hierarquicamente superior.

A rigidez das definições prejudica a determinação exata para caracterizar o modelo argentino como bem assevera Lino Enrique Palácio:

“Tal distinguo, sin embargo, no se ajusta estrictamente a las modalidades de nuestro derecho positivo, que contempla ciertos medios de impugnación de instancia única, como la reposición o revocatoria, cuyo objeto excede de la simple enmienda de errores procesales. Más apropiado parece, por ello, caracterizar a los recursos como una especie dentro de los remedios que la legislación en general acuerda a fin de complementar, rescindir, anular, o modificar actos jurídicos.”²⁸³

Por outra ótica, sustenta Leguisamón que: *“(...) a mi juicio, es un medio de impugnación (de refutar, rebatir, controvertir) pues es independiente de su*

²⁸¹ KIELMANOVICH, Jorge L. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Comentado y Anotado*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005; p. 387. No mesmo sentido, mas se apegando aos precedentes da Corte Suprema: Leguisamón, op.cit., p. 670, nota 2.

²⁸² Leguisamón, op. cit., p. 669.

²⁸³ Palácio, op.cit., p. 578.

*resultado final, en tanto que el remedio deja de ser tal si la resolución recurrida es confirmada.*²⁸⁴.

2.3.D. Conceito de recurso

A constatação da falibilidade do juiz de direito que justifica a necessidade da construção de um sistema fundado na *doble instancia* autoriza a emprestar o posicionamento de seleta doutrina, em vias de conceituar os recursos para o modelo argentino e, por conseguinte, ratificar e fortalecer o pensamento em função da proximidade das razões (especialmente a idéia de se tratar de um ato processual). Destaque-se:

Para Leguisamón é *“el acto procesal por el cual quien resulta agraviado (perjudicado) por una resolución judicial, pide su modificación, revocación o anulación, total o parcial, al mismo juez que la dictó o a un tribunal jerárquicamente superior”*²⁸⁵.

Diz Kielmanovich que *“son actos procesales de impugnación emanados de parte, dirigidos a alcanzar de un órgano judicial superior al que dictó la resolución o de este mismo, su modificación o substitución total o parcial, con fundamento en errores, vicios o defectos propios de la misma.”*²⁸⁶.

Destaca Palacio que *“Denomínase recurso al acto procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea al mismo juez o tribunal que la dictó o a un juez o tribunal jerárquicamente procesal.”*²⁸⁷.

Sustentam, Juliá, Neuss e Wagner, que *“es el medio por el cual la parte, cumpliendo los requisitos pertinentes, puede obtener que el mismo juez u otro tribunal, según los casos, modifique, cambie, revea, revoque o deje sin efecto la resolución que impugna.”*²⁸⁸.

²⁸⁴ Leguisamón, op. cit., p. 669, nota 2.

²⁸⁵ Leguisamón, op. cit., p. 669, nota 3.

²⁸⁶ Kielmanovich, op. cit., p. 385.

²⁸⁷ Palácio, op.cit., p. 577.

²⁸⁸ Juliá, et. al, op.cit., p. 312, nota 2.

2.3.E. Requisitos comuns

Em função dos conceitos retromencionados, facilmente se constata que os recursos além de atos processuais que se estruturam sob o sistema de *double instancia* que pressupõe um modelo orgânico judicial baseado na hierarquia entre os juízos (monocrático e colegiado), ainda conservam requisitos para que, na prática, admitam a sua interposição, que são: a parte, o gravame e o prazo.

Em relação à parte, é obvio que o tratamento dispensado deve ser o amplo e não o restrito, de forma que sutilmente poderia ser tratada como aquela que sofreu o prejuízo com o ato recorrido. A ressalva é importante porque faz crescer aqueles integrados ao processo por forma anômala como a intervenção de terceiro ou a questão do terceiro alheio ao processo (*tercero ajeno al proceso*)²⁸⁹.

A existência do gravame - ou prejuízo – é tão evidente que aflora da própria razão de ser do recurso, ou seja, sanar os erros que, por certo, prejudicaram a parte e justificaram o pedido de reexame²⁹⁰.

Por fim, a questão do prazo peremptório que “*comienza a correr a partir de la notificacción de la resolución respectiva y que reviste, además, carácter individual.*”²⁹¹.

2.3.F. Características²⁹²

A reboque dos requisitos, o modelo argentino acresce aos recursos tríplice características, a saber: somente são admitidos contra *resoluciones judiciales*; necessita da manifestação da parte e atacam apenas as *resoluciones* que não tenham atingido a autoridade de coisa julgada.

Quando se diz que os recursos somente atingem as *resoluciones judiciales* quer se firmar a idéia de que não se lhes admite a interposição contra outros *actos* (ainda que aparentem força de decisão) ou *resoluciones* que não provenham da atuação jurisdicional, como, por exemplo, os administrativos.

²⁸⁹ Palácio, op.cit., p. 579.

²⁹⁰ A questão do prejuízo é tão importante para o recurso que Leguisamón (op. cit., p. 669) o alça à qualidade de *presupuesto común* afirmando que “*si no hay perjuicio, no hay recurso.*”

²⁹¹ Palácio, op.cit., p. 579, nota 2.

²⁹² Inspiração trazida das lições de Kielmanovich, op. cit., p. 388.

A lógica é bem razoável: se o recurso se constrói sobre a idéia de manter a estabilidade social e institucional mediante a permissibilidade do pedido de reexame da decisão que, para a parte, parece ser “injusta”, uma vez que lhe trouxe prejuízo; por óbvio, o recurso está intimamente ligado à necessidade de uma decisão do juiz (*resolución judicial*) que aparentemente esteja eivada de *error*.

A necessária manifestação da parte conserva o que se viu alhures a título de requisito, ao mesmo tempo em que ajuda a ratificar a idéia de inércia inicial da jurisdição, uma vez que ao juiz de direito é vedado agir de ofício; mormente por ser de valoração íntima, somente realizável pela parte, a conclusão se a decisão está prejudicada por erros (vale dizer que, para o juiz de direito, a decisão é reconhecidamente “boa” [*rectius*, válida], porque se fosse diferente, não a proferiria).

Por fim, os recursos somente podem atacar as *resoluciones judiciales* que não estejam sob o manto da coisa julgada (*res iudicata* ou *cosa juzgada*), uma vez que os critérios temporal (um dos requisitos identificado linhas acima que se assenta no fundamento de que o recurso tem um prazo definido por lei que deve ser cumprido sob pena da parte perder o direito ao ato - peremptório) e formal (por ser o ordenamento jurídico construído sobre a bandeira do positivismo jurídico que firma a lei como a principal fonte do direito, dedica-se a norma o conteúdo do ato, ou seja, o que deve ser feito para que o recurso seja acolhido) indicam que a possibilidade do reexame pela via recursal somente pode ser exercida no tempo e formas legais.

A razão de ser atem-se a comunhão de dois fundamentos: é de interesse do Estado que as resoluções judiciais – as sentenças e, neste grupo, especialmente as definitivas (CPCyCN, art. 160) – realmente expressem a vontade da lei, portanto não podem sofrer com os erros e vícios que atentem contra a firmeza e estabilidade da coisa julgada²⁹³; ao mesmo tempo em que não se concebe uma resolução judicial que não se declare como perfeita (no sentido unipessoal para a parte de “justa”) e perpetue seus efeitos (isto é, fique eternamente pendente do ataque pela via recursal).

²⁹³ “Por otra parte, examinando el proceso en su aspecto externo o formal y suponiendo que esté destinado a concluir naturalmente por una sentencia definitiva en la que se manifieste la voluntad de la ley, nos parece permitido afirmar que ‘formalmente’ el proceso tiene una finalidad propia, cual es la obtención de la *res iudicata*. Desde este punto de vista parece también evidente la existencia de un interés general en que se llegue a ella purgada de todo vicio y libre de toda tacha. De ahí la necesidad del control de las partes sobre la actividad jurisdiccional, que cooperan así al ideal de una mejor justicia; fundamento político, diríamos, de los recursos.”. Juliá, et. al., op.cit., p. 314.

Assim, da necessidade de se expungir os erros emanados da falibilidade dos juízes em conjunto com o dever de se estabilizar o julgado entregando plenamente a parte o que lhe é devido, surgem os critérios que, uma vez superados, gerarão os efeitos da coisa julgada – especificamente a imutabilidade.

2.3.G. Classificação

A classificação²⁹⁴ dos recursos não é uníssona no sistema argentino, sendo certo que se amalgamam inúmeros critérios para se atingir o fim. No entanto, concorda seleta doutrina que o mais usual é o critério clássico que pende a dividir os recursos em: ordinários e extraordinários, como bem esclarecem Leguisamón:

“Los recursos extraordinarios son aquellos cuyos requisitos de admisibilidad están expresamente previstos por la ley y, consecuentemente, de interpretación restrictiva y limitadora del conocimiento del tribunal respecto de las cuestiones que constituyen su materia. Las cuestiones expuestas al conocimiento del tribunal son exclusivamente de derecho. Por ende, la decisión sobre esas cuestiones sienta la doctrina del tribunal aplicable al caso. (...)”²⁹⁵

Complementa acerca dos recursos ordinários:

“(...) son aquellos que proceden respecto de las resoluciones dictadas durante las secuelas del proceso y de la sentencia definitiva. De esta afirmación se infiere el doble objetivo de los recursos ordinarios: los que proceden contra resoluciones dictadas durante las secuelas del proceso tienen por objeto reparar errores in procedendo (de procedimiento), y los que proceden contra la sentencia definitiva tienen por objeto reparar también errores in procedendo, cuando se trata del recurso de nulidad, y, además, errores in iudicando (de juicio), cuando se trata del recurso de apelación.”²⁹⁶

²⁹⁴ Por força da construção federativa argentina que particulariza a competência constitucional outorgada às províncias, é sempre bom lembrar que, em matéria processual, optou-se por enveredar pela seara federal, o que impõe o destaque do CPCyCN em detrimento das normas provinciais por mais específica que sejam.

²⁹⁵ Leguisamón, op. cit., p. 671.

²⁹⁶ Leguisamón, op. cit., p. 671, nota 2.

Em leitura interessada das distinções, abstrai-se que os primeiros se referem apenas às questões de direito; enquanto que os ordinários se reportam às questões de fato, mas também de direito²⁹⁷.

A adequação da visão doutrinária a norma processual civil da nação permite uma visão baseada na idéia de que são recursos ordinários: *reposición* o *revocatoria* (CPCyCN, art. 238²⁹⁸ ao art. 241), *apelación* (CPCyCN, art. 242²⁹⁹ ao art. 253), *aclaratoria* (CPCyCN, art. 166, 2^o³⁰⁰), *queja por apelación denegada* (CPCyCN, art. 282³⁰¹ ao art. 287) e *nulidad* (CPCyCN, art. 253³⁰²); enquanto se considera como extraordinários: o próprio extraordinário [*por inconstitucionalidad*] a que alude o art. 14³⁰³ da Ley nº 48 e *inaplicabilidad de la ley* (CPCyCN, art. 288³⁰⁴ ao art. 303)³⁰⁵.

²⁹⁷ “La pauta fundamental para distinguir a los recursos ordinarios de los extraordinarios debe buscarse en la mayor o menor medida de conocimiento que respectivamente acuerdan a los tribunales competentes para conocer de ellos. Mientras que los primeros, en efecto, hállanse previstos para los casos corrientes y tienen por objeto reparar cualquier irregularidad procesal (error in procedendo) o error de juicio (error in iudicando), los segundos se conceden con carácter excepcional, respecto de cuestiones específicamente determinadas por la ley.” Palacio, op.cit., p. 579.

²⁹⁸ CPCyCN, “Art. 238. - El recurso de reposición procederá únicamente contra las providencias simples, causen o no gravamen irreparable, a fin de que el juez o tribunal que las haya dictado las revoque por contrario imperio”.

²⁹⁹ CPCyCN, “Art. 242. - El recurso de apelación, salvo disposición en contrario, procederá solamente respecto de: (...) 1) Las sentencias definitivas. (...) 2) Las sentencias interlocutorias. (...) 3) Las providencias simples que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva.”.

³⁰⁰ CPCyCN, “Art. 166. - Pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla. (...) Le corresponderá sin embargo: (...) 2) Corregir, a pedido de parte, formulado dentro de los tres días de la notificación y sin substanciación, cualquier error material; aclarar algún concepto oscuro sin alterar lo sustancial de la decisión y suplir cualquier omisión en que hubiese incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio.”.

³⁰¹ CPCyCN, “Art. 282. - Si el juez denegare la apelación, la parte que se considere agraviada podrá recurrir directamente en queja ante la cámara, pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente.”.

³⁰² CPCyCN, “Art. 253. - El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. (...) Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio.”.

³⁰³ A Ley nº 48 (promulgada em 14/09/1863 e sancionada em 25/08/1863) versa sobre a jurisdição e a competência dos tribunais nacionais, cujo art. 14 traz a seguinte redação:

“Art. 14. - Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: (...) 1º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez. (...) 2º Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia. (...) 3º Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.”

³⁰⁴ CPCyCN, “Art. 288. - El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara en los DIEZ (10) años anteriores a la fecha del fallo recurrido, y siempre que el precedente se hubiere invocado con anterioridad a su pronunciamiento.”.

³⁰⁵ Partindo da visão de Juliá, et. al., op.cit., p. 315, acresçam-se a *avocación* e a *revisión*.

Além da classificação clássica, lembra Kielmanovich que existem dois outros critérios: instância única ou múltipla³⁰⁶; e, positivos ou negativos³⁰⁷.

2.3.H. Acolhimento federal do recurso de inaplicabilidad de la ley

Como é notório, o presente capítulo tem o condão de promover o debate acerca do *recurso de inaplicabilidad de la ley*, enquanto um mecanismo institucional hábil a promover a pacificação de julgados. Ocorre que, a análise da classificação dos recursos pelo viés clássico, forçosamente destacou uma questão de fundo deveras intrigante: o critério padece com a descentralização federativa no exato momento em que autoriza cada uma das Províncias (inclua-se a Cidade Autônoma de Buenos Aires) a criar sua legislação processual civil individual a ser aplicada em comunhão com a norma federal.

Assim, quando a análise recai sobre o *recurso de inaplicabilidad de la ley* enquanto filiado ao grupo dos recursos extraordinários, forçosamente surge uma confusão metodológica para o interlocutor, haja vista que, sobre os mesmos parâmetros, as províncias de Buenos Aires, Corrientes, Entre Ríos, Formosa e Salta, também instituíram um recurso similar com a mesma denominação. Eis a necessidade da menção aos textos legais específicos que se referem à admissibilidade para a devida distinção...

A província de Buenos Aires fez consignar em seu *Código Procesal Civil y Comercial*, do art. 278 ao art. 295, a figura do *recurso de inaplicabilidad de la ley* que, forçosamente, também é classificado como extraordinário; conforme se depreende do art. 278 do CPBA³⁰⁸:

³⁰⁶ “*Son recursos de instancia única los que deben interponerse y resolverse por el mismo órgano que dictó la resolución recurrida (...) son recursos de instancia múltiple, en cambio, aquellos que se interponen ante el órgano que dictó la resolución recurrida, para ser resueltos por otro jerárquicamente superior a aquél (...)*”. Kielmanovich, op. cit., p. 389.

³⁰⁷ “*Son recursos positivos aquellos que en caso de ser admitidos producen la modificación o sustitución de la resolución recurrida por otra (iudicium rescissorium) (...) mientras que los negativos aparejan la anulación de la resolución recurrida sin que otra entre en su reemplazo (iudicium rescindens), por lo cual la causa debe ser remitida a otro órgano, inferior o de igual jerarquía al que la anuló, para que por su intermedio se dicte nueva sentencia sobre el fondo del asunto, o se sustancie el procedimiento anulado.*”. Kielmanovich, op. cit., p. 385, nota 2.

³⁰⁸ O Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires foi instituído pelo Decreto-Ley nº 7425/1968 (atualizado e alterado por inúmeros Decretos-leyes e Leyes) e construído sobre 853 artigos.

“ARTICULO 278°: (Texto según Ley 11.593). RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DEL RECURSO. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal procederá contra las sentencias definitivas de las Cámaras de Apelaciones y de los Tribunales Colegiados de Instancia Unica, siempre que el valor del litigio exceda de veinticinco mil pesos (\$25.000).

Si hubiese litisconsorcio, sólo procederá si hicieren mayoría los que, individualmente, reclamen más de dicha suma.

A los efectos del recurso se entenderá por sentencia definitiva la que, aún recayendo sobre cuestión incidental, termina la litis y hace imposible su continuación.”

A província de Corrientes tratou do tema no art. 274 ao art. 284 de seu *Código Procesal Civil y Comercial*, sendo que a admissibilidade vem contida no primeiro dispositivo sobre o texto: *“El recurso de inaplicabilidad de la ley solo será admisible contra las sentencias definitivas de las cámaras de apelación.”*

A província de Entre Ríos regulamentou o instituto nos arts. 276 ao 285 de seu *Código Procesal Civil y Comercial*, já reformado pela Ley nº 9.776 (publicada em 24 de julho de 2007):

“Art. 276°: Admisibilidad.- El recurso de inaplicabilidad de la ley para ante la Sala en lo Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia, sólo será admisible contra la sentencia definitiva de las cámaras de apelaciones que viole o haga errónea aplicación de la ley o de la doctrina legal establecida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 284° y 285° a la fecha del fallo recurrido.”

Os arts. 281 ao 296 foram os dispositivos consagrados, no *Código Procesal Civil y Comercial* da província de Formosa, para regulamentar o *recurso de inaplicabilidad de la ley*:

“ARTÍCULO 281°.- ADMISIBILIDAD - El recurso de inaplicabilidad de la ley solo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por la sala en los diez años anteriores a la fecha del fallo recurrido, y siempre que el precedente se hubiere invocado con anterioridad a su pronunciamiento.”

E, a província de Salta, versou sobre o tema nos arts. 279 ao 296 de seu *Código Procesal Civil y Comercial*:

“Artículo 279º: Admisibilidad. El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las Salas de los tribunales de apelación en los diez años anteriores a la fecha del fallo recurrido y siempre que el precedente se hubiera invocado con anterioridad a su pronunciamiento.”

Há que se perceber que os dispositivos referendados distinguem-se por seus respectivos textos, de sorte que a análise se dedicará, apenas (ratificando o que se consagrou até aqui), ao *recurso de inaplicabilidad de la ley* regulamentado pelo CPCyCN, nos termos de sua admissibilidade:

“Art. 288. - El recurso de inaplicabilidad de la ley sólo será admisible contra la sentencia definitiva que contradiga la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara en los DIEZ (10) años anteriores a la fecha del fallo recurrido, y siempre que el precedente se hubiere invocado con anterioridad a su pronunciamiento.

Si se tratare de una cámara federal, que estuviere constituida por más de UNA (1) sala, el recurso será admisible cuando la contradicción exista entre sentencias pronunciadas por las salas que son la alzada propia de los juzgados civiles federales o de los juzgados en lo contencioso-administrativo federal”.

Em tom incisivo e corroborando o que se sustentou até aqui, a preocupação metodológica para análise se atém ao *recurso de inaplicabilidad de la ley*, tomado em sua construção normativa federal – isto é, com previsão no CPCyCN, art. 288 ao art. 303 -, em detrimento de qualquer outro instituto por mais privilegiado que seja.

2.4. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY

Prosseguindo a linha argumentativa e a base lógica, inicia-se a análise do *recurso de inaplicabilidad de la ley*, o que se fará nos estreitos limites do texto legal consagrado no art. 288 ao art. 303 do CPCyCN, afastando-se, por conseguinte, de outras figuras por mais assemelhadas que possam parecer.

2.4.A. Conceito e finalidade

O art. 288 do CPCyCN, em sua primeira parte, inspira ao acolhimento da clareza das lições de Arazi e Rojas: *“Es un recurso extraordinario que se otorga contra las sentencias definitivas dictadas por una sala de una Cámara de apelaciones, por medio del cual el tribunal en pleno establece la doctrina legal aplicable. (...)”*³⁰⁹. Por certo, o conceito importa algumas considerações...

De início, há que se destacar que, pelo critério clássico de classificação, trata-se de um recurso³¹⁰ extraordinário, mormente por previr requisitos excepcionais e específicos que distingue o instituto dos demais recursos³¹¹.

Ademais, somente se admite a interposição do recurso contra a *sentencia definitiva*, entendida, nos termos da primeira parte do art. 289³¹² da Norma Processual Civil Nacional, como aquela que terminar o pleito ou tornar impossível a sua continuação³¹³. Percebe-se, pois, que o sentido claro está na direção do fim da discussão, a própria impossibilidade de se perquirir um reexame, ou seja, aquelas que pendem a constituição dos efeitos da coisa julgada material³¹⁴.

Outra consideração importante deriva da plena compreensão da expressão: *“una sala de una Cámara de apelaciones”*, que somente é possível

³⁰⁹ ARAZI, Roland; ROJAS, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Comentado y Anotado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; p. 366, nota 2.

³¹⁰ Insta destacar que a determinação como recurso (Arazi, op.cit., p. 366) não é pacífica, entendendo uns que se trata de remédio interno (Juliá, et. al., op.cit., p. 335; Kielmanovich, op.cit., p. 472); enquanto vozes contrárias defendem se tratar de meio de impugnação (Leguisamón, op.cit., p. 708; FENOCHIETO, Carlos Eduardo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales*. Tomo 2. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001; p. 142).

³¹¹ *“Los específicos y excepcionales requisitos exigidos para su procedencia así permiten calificarlo, en particular al limitar su objeto a la impugnación de las cuestiones de derecho de la sentencia. Además, su ‘concesión restrictiva’; su procedencia contra ‘sentencias definitivas’, en tanto el fallo de la alzada contradiga la doctrina de otra sala de la cámara en los diez años anteriores y también la oportuna invocación del precedente, ratifican no sólo su naturaleza extraordinaria, cuanto que sean contados los casos en que resulta procedente.”* Fenochieto, op. cit., p. 142, nota 2.

³¹² CPCyCN, *“Art. 289. - Se entenderá por sentencia definitiva la que terminare el pleito o hiciere imposible su continuación. (...) Este recurso no será admisible cuando pudiere seguirse otro juicio sobre el mismo objeto, o se tratare de regulaciones de honorarios, o de sanciones disciplinarias.”*

³¹³ *“(...) no sólo se limita a aquellos pronunciamientos que ponen fin al proceso de conocimiento que admiten o rechazan la demanda, sino que también abarca las resoluciones interlocutorias que ponen fin al proceso y tienen la virtualidad de impedir un nuevo tratamiento de la cuestión a través de otro juicio (...). Resulta obvio que por tratarse de un recurso extraordinario no procede contra aquellas sentencias a las que les cabe el remedio del recurso ordinario; de allí que no corresponda computar los pronunciamientos dictados por los jueces de primera instancia.”* HIGTON, Elena I., et. al.; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Tomo 5. Buenos Aires: Hammurabi, 2006; p. 521.

³¹⁴ Falcón, op.cit., p. 463.

quando se traz à análise a Ley nº 1.893, publicada em 02 de novembro de 1886, que versa sobre as normas de organização dos tribunais da capital; pelo que se tem, em síntese, que a organização judiciária, em grau de recurso, prevê a instituição de duas Câmaras de Apelação³¹⁵, divididas, em razão da matéria, em competência cível³¹⁶ e competência criminal, correccional e comercial³¹⁷ (Ley nº 1893/1886, art. 78³¹⁸); em que cada uma é composta por um presidente e quatro vogais (Ley nº 1893/1886, art. 79) que, dependendo do procedimento, são instados a participar dos julgamentos³¹⁹.

Por fim, o sentido de estabelecer a *doctrina legal aplicable* deriva da própria finalidade do recurso que não é outra, senão a de sanar a contradição que paire sobre a interpretação e permita a boa aplicação da norma³²⁰, de sorte que se tenha uma única doutrina legal a ser aplicada (a importância é grande, uma vez que a doutrina legal estabelecida pelos *fallos plenarios* – questão a ser aprofundada adiante – torna-se obrigatória para a Câmara e para os juízos inferiores a ela vinculados).

Há que se destacar que a contradição que desafia a uniformização advém da má interpretação da norma ou de sua vontade, sendo, portanto, um juízo de Direito que não se confunde, de um lado com os limites concretos da causa (fatos e provas); e, de outro, com os limites práticos derivados da generalidade do comando que desafie diferentes formas de atuação.

³¹⁵ A título de complemento a *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil* – enquanto descentralização judiciária dos *Fueros Nacionales* – conta com treze salas constituídas sobre a forma de letras, de forma que temos as salas de “A” a “M”.

³¹⁶ “Art. 80.- La Cámara de lo Civil conocerá en última instancia: (...) 1) de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones de los jueces de la primera instancia en lo civil; (...) 2) de los recursos de fuerza; (...) 3) de los recursos contra las resoluciones de la municipalidad, en asuntos de carácter contencioso-administrativo; (...) 4) de los recursos por retardación o denegación de justicia por parte de los jueces de primera instancia.”.

³¹⁷ “Art. 81.- La Cámara de lo Criminal, Correccional y Comercial, conocerá en última instancia de los recursos contra las resoluciones de los respectivos jueces letrados.”.

³¹⁸ “Art. 78.- Habrá dos cámaras de apelaciones, una en materia civil y otra en materia criminal, correccional y comercial.”.

³¹⁹ Como se abstrai do at. 83 (“Las cámaras formarán tribunal con el presidente y dos vocales para la decisión de los recursos interpuestos contra las resoluciones interlocutorias y las definitivas en juicios sumarios y sus resoluciones serán a simple mayoría”), art. 84 (“A los efectos del artículo precedente los vocales de cada cámara se turnarán mensualmente, y en caso de impedimento o recusación del presidente o vocales en turno, se subrogarán con los otros”) e art. 85 (“Para juzgar en definitiva en juicio ordinario, las cámaras procederán con el número íntegro de sus miembros, pero podrán también hacerlo con tres o cuatro miembros en caso de impedimento o de recusación, siempre que las partes no pidiesen integración o el tribunal no lo ordenase.”).

³²⁰ Fenochoietto, op.cit., p. 142, nota 2.

2.4.B. Objeto

Se a finalidade do *recurso de inaplicabilidad de la ley* diz respeito ao afastamento da contradição que prejudica a boa interpretação da lei; o seu objeto ajuda a complementar o pensamento, uma vez que se assenta na idéia de que não é da essência deste recurso o reexame pleno da decisão; sendo, portanto, dispensável a valoração axiológica que repousa no sentido do debate sobre a justiça ou a injustiça, senão da apuração da legalidade que se auffer na boa discussão sob a interpretação autêntica a ser aplicada acerca das questões eminentemente de Direito, dispensando-se aquelas que dizem respeito à reapreciação das provas e a rediscussão dos fatos³²¹. Fundamento este que levou Arazi e Rojas ao seguinte destaque:

*“La Cámara en pleno no juzga la justicia o injusticia de la sentencia de la sala, sino, exclusivamente, su legalidad. Quedan entonces excluidas del recurso de inaplicabilidad de la ley las cuestiones de hecho. Establecida la doctrina legal, se envía el expediente a otra sala para que dicte un nuevo fallo de acuerdo con dicha sentencia.”*³²².

Vale dizer que esta visão encontra guarida no texto do art. 291 do CPCyCN – com tratamento legislativo emblemático de *prohibiciones* (“*No se admitirá la agregación de documentos, ni se podrá ofrecer prueba o denunciar hechos nuevos, ni recusar con o sin causa a los miembros del tribunal.*”) que afasta qualquer idéia de que estaríamos diante de uma terceira instância³²³.

2.4.C. Interesse

A construção da *ratio legis* do recurso de *inaplicabilidad de la ley* permite a certeza sobre o dúplice interesse que repousa neste ato processual: a um,

³²¹ “*El recurso de inaplicabilidad de la ley se refiere exclusivamente a errores de interpretación y aplicación del texto de la ley (...), siendo sus materias las cuestiones de derecho, y su objeto es la corrección de errores de derecho, procurando su justa y uniforme interpretación (...). De esta manera las cuestiones de hecho y prueba quedan excluidas.*”. FALCÓN, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Anotado, Concordado y Comentado*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editorial, 2005; p. 462.

No mesmo sentido: Leguisamón, op.cit., p. 709.

³²² ARAZI, Roland; ROJAS, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Comentado y Anotado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; p. 366, nota 2.

³²³ Neste sentido: Fenochieto, op.cit., p. 142; Falcón, op.cit., p. 466.

que interessa, diretamente, ao recorrente, seja para impedir a constituição dos efeitos da coisa julgada – especialmente a material -, seja para rediscutir os fundamentos de Direito que lhe são desfavoráveis, e, desta forma, se possam unificar os pensamentos e fortalecer a jurisprudência; e, a dois, que interessa a toda comunidade, haja vista que visa perquirir a melhor interpretação pacificada, em vias de se constituir a *doctrina uniforme* que, justamente, estabiliza a sociedade³²⁴.

2.4.D. Requisitos

Por força da proposta de fundo, preferiu-se jungir as lições derivadas de algumas fontes doutrinárias, de sorte que temos inúmeras formas de identificar os requisitos³²⁵.

Neste sentido, sustenta Arazi e Rojas que o art. 288 da Norma Processual Civil da Nação ao determinar a admissibilidade para o *recurso de inaplicabilidad de la ley*, também firma dois requisitos de fundo [*rectius, de admissibilidad*], a saber: a) “*invocación del precedente de forma expresa y precisa*”; e, b) “*contradicción entre la sentencia recurrida y otra dictada por una sala distinta del mismo tribunal*”³²⁶ (precedente).

A reunião dos dois requisitos permite frisar que o texto legal deixa claro que a admissibilidade do recurso está atrelada à existência de contradição entre a sentença definitiva e a *doctrina legal* anterior firmada sobre precedente construído há dez anos. Desta premissa se conclui, obrigatoriamente, que: a) o precedente seja anterior à sentença definitiva e ainda esteja produzindo seus efeitos – “*con virtualidad*”³²⁷; b) a contradição se assente em questão eminentemente de Direito; c) o precedente seja de origem distinta – *otra sala de la Cámara* - daquela que proferiu a sentença definitiva guerreada³²⁸; e, d) contem-se dez anos³²⁹.

³²⁴ “*Mediante el recurso de inaplicabilidad de la ley se atiende a un doble orden de intereses, por un lado, a los del propio recurrente a partir de la pretendida modificación de un fallo que le resulta adverso y contrario a la jurisprudencia que se estima aplicable; por el otro, a los de la comunidad toda, a objeto de que se establezca una doctrina uniforme sobre cuestiones de derecho entre las salas de una misma cámara, y obligatoriamente para el tribunal de alzada y para los jueces de primera instancia que pertenecen a ese fuero, tendiente a evitar así errores in indicando.*” Kielmanovich, op.cit., p. 473.

³²⁵ Para este fim também Falcón, op.cit., p. 467.

³²⁶ Arazi, op.cit., p. 367.

³²⁷ Arazi, op.cit., p. 367, nota 2.

³²⁸ “*Por tal sentido, debe descartarse como precedente para el recurso de inaplicabilidad de la ley el originado en la misma sala que dictó el fallo, pues el cambio de criterio como manifestación en el contexto de norma; ni,*

A estas premissas, Palacio³³⁰ agrega, em função do art. 292³³¹ do CPCyCN, os requisitos [de formalidade] de tempo e de forma. Destarte, tem-se que: a) o prazo peremptório (inafastável pela vontade das partes, pois de essência legal) é de dez dias contados da data da notificação; e, b) a forma escrita que deverá conter a invocação do precedente jurisprudencial (que conte com uma antiguidade não superior a dez anos) e o fundamento de reforma lastreado na contradição (idéia da relação direta entre o fundamento e o argumento que se verá adiante).

Ademais, acresce Falcón³³² o comando de que, integram os requisitos formais, a natureza da sentença que deve ser definitiva nos termos próprios e o local indicado do precedente.

2.4.E. Procedimento

A construção do raciocínio prático sobre o instituto é de suma importância; mormente para a ratificação e sedimentação do sentimento de que se trata de verdadeiro mecanismo de uniformização de jurisprudência fulcrado na idéia de que as sentenças devem buscar, o mais humanamente possível, a certeza jurídica.

2.4.E.1. Apoderados

Algumas palavras merecem ser ditas sobre os apoderados que, em tom geral, devem ser considerados como aqueles que recebem os poderes para a

por cierto, las alusiones por incidens o 'a mayor abundamiento' contenidas en la sentencia". Kielmanovich, op.cit., p. 473.

Mais claro é Falcón (op. cit., p. 463): *"La contradicción tiene que ser con la doctrina de una Sala distinta a la que dictó el fallo (...) porque si fuese de la misma sala se entiende como un cambio de jurisprudencia. (...)"*.

³²⁹ *"(...) Debe entenderse desde su emisión y no desde su publicación, por lo que quedan excluidos los precedentes con una antigüedad mayor (...). El objetivo es permitir la revisión temporal de la doctrina aplicable a la luz del progreso de la ciencia en general y de la del derecho en particular."* Falcón, op.cit., p. 463, nota 2.

³³⁰ Palacio, op.cit., p. 631.

³³¹ *"Art. 292. - El recurso se interpondrá dentro de los DIEZ (10) días de notificada la sentencia definitiva, ante la sala que la pronunció. (...) En el escrito en que se lo deduzca se señalará la existencia de la contradicción en términos precisos, se mencionará el escrito en que se invocó el precedente jurisprudencial y se expresarán los fundamentos que, a juicio de la parte, demuestren la procedencia del recurso. El incumplimiento de estos requisitos determinará su inadmisibilidad. (...) Del escrito de recurso se dará traslado a la otra parte, por el plazo de DIEZ (10) días."*

³³² Falcón, op.cit., p. 469.

prática de atos processuais, no sentido de que, nos termos processuais e vinculados ao *recurso de inaplicabilidad de la ley*, são considerados como os advogados.

De início, firma o art. 47 do CPCyCN, que os apoderados e os procuradores tem o dever legal de demonstrar, em juízo, sua capacidade postulatória (“...*acreditarán su personalidad...*”), o que o farão na primeira oportunidade em que falarem nos autos em nome do outorgante e por escrito.

O acolhimento do patrocínio (...*admitida su personería...*) impõe ao outorgado (*apoderado*) o dever de bem gerir os interesses do outorgante (*poderdante*), uma vez que passa a praticar atos válidos³³³ como se ele fosse (CPCyCN, art. 49).

Assim, a concessão do poder regulamenta a figura do apoderado que “*estará obligado a seguir el juicio mientras no haya cesado legalmente en el cargo*”³³⁴ (CPCyCN, art. 50, primeira parte) - diga-se que a obrigação pressupõe, inclusive, o recebimento dos atos de comunicação processual (citações e notificações), com a mesma força do que se fosse destinada a parte (CPCyCN, art. 50, segunda parte).

Mas, qual é a convergência destas diretrizes gerais para o caso específico do *recurso de inaplicabilidad de la ley*?

A pertinência da pergunta advém do texto do art. 290 do CPCyCN e, especialmente, qual a melhor interpretação a lhe ser dedicada. Eis o seu teor: “*Los apoderados no estarán obligados a interponer el recurso. Para deducirlo no necesitarán poder especial.*”.

Há que se destacar que se trata de faculdade e não de dever, haja vista que o *apoderado* não está obrigado a recorrer,³³⁵ e esta constatação é extremamente importante, uma vez que os textos legais complementares³³⁶ impõem

³³³ Acerca da prática de atos válidos, mister se faz dizer que a figura da concessão de poder, independentemente dos termos, “*comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias del pleito*” (CPCyCN, art. 51,1 er. Parr.); e também, “*la facultad de intervenir en los incidentes y de ejercitar todos los actos que ocurran durante la secuela de la litis, excepto aquellos para los cuales la ley requiera facultad especial, o se hubiesen reservado expresamente en el poder*” (CPCyCN, art. 51,2 er. Parr.).

³³⁴ Lembra Arazi y Rojas (op. cit., p. 369) que “*(...) debe interpretarse que el juicio termina con la sentencia definitiva en segunda instancia; queda a criterio del mandatario el deducir o no recursos extraordinarios (...)*”.

³³⁵ “*Expresamente, el precepto en examen aclara la ley regulatoria del ejercicio de la procuración eximiendo al mandatario judicial de aquella responsabilidad; principio que rige para todos los recursos extraordinarios, atendiendo a las particularidades y carácter de éstos.*”. Fenochieto, op.cit., p. 152.

³³⁶ Consignem-se ao menos dois: Ley nº 10.996 (14/11/1919) que regulamenta o exercício da procuração ante os tribunais nacionais; e, a Ley nº 22.192 (14/03/1980) que regulamenta em um só diploma ordenado o exercício da advocacia na Capital Federal, Território Nacional da Terra do Fogo, Antártida e Ilhas do Atlântico Sul e ante os Tribunais Federais do interior da República.

a idéia de que, contra as sentenças definitivas, firma-se o dever jurídico do *apoderado* em recorrer (Ley nº 10.996/1919, art. 11, inc. 1º³³⁷).

Sobre a exegese, bem informa Elena Highton e outros: “*Esta liberación resulta comprensible si se advierte que se trata de una vía recursiva excepcional, que solo debe abrirse en casos tan particulares que debe quedar al arbitrio del mandatario la decisión de interponerlas o no*”³³⁸.

Ao contrário, se o *apoderado* julgar necessária a interposição, poderá fazê-la sem a necessidade de demonstrar poderes especiais para o ato.

2.4.E.2. Interposição

A notificação da prolação da sentença definitiva que, ao juízo da parte, contenha contradição que desafie a uniformização, marca o início do prazo de dez dias para que o *apoderado* decida se deve ou não interpor o *recurso de inaplicabilidad de la ley* (CPCyCN, art. 292, 1er. Párr., primeira parte³³⁹).

Se a opção for pela interposição, o recurso deverá ser apresentado [*rectius*, distribuído], no prazo legal, perante o mesmo órgão que prolatou a decisão contraditória (sentença definitiva), ou seja, a mesma sala da Câmara (CPCyCN, art. 292, 2º Párr., primeira parte³⁴⁰).

Vale relembrar que a forma legal deve ser observada, ou seja, o recurso deve ser interposto em peça escrita que deverá conter os fundamentos (demonstração cabal da contradição entre o precedente jurisprudencial e a sentença proferida) e os argumentos (base do debate lastreada nos elementos doutrinários contidos no precedente)³⁴¹ que justifiquem o provimento [*rectius*, *procedência*] do recurso (CPCyCN, art. 292, 2º Párr., primeira parte³⁴²).

Sobre os fundamentos, bem se assenta o sentimento da cominação de três idéias: a) não se discute o acerto da decisão, tampouco se admite a

³³⁷ “11. Son deberes de los procuradores: (...) 1. Interponer los recursos legales contra toda sentencia definitiva adversa a su parte y contra toda regulación de honorarios que corresponda abonar a la misma, salvo el caso de tener instrucciones por escrito en contrario de su respectivo comitente;”.

³³⁸ Highton, et. al., op.cit., p. 530.

³³⁹ “El recurso se interpondrá dentro de los DIEZ (10) días de notificada la sentencia definitiva (...)”.

³⁴⁰ “(...)ante la sala que la pronunció.”.

³⁴¹ Binômio construído sobre as lições de Fenochietto, op.cit., 712.

³⁴² “En el escrito en que se lo deduzca se señalará la existencia de la contradicción en términos precisos, se mencionará el escrito en que se invocó el precedente jurisprudencial y se expresarán los fundamentos que, a juicio de la parte, demuestren la procedencia del recurso. (...)”.

rediscussão sobre provas e/ou fato, somente se admite o debate sobre a similitude de fatos que leva a mesma solução do precedente (idêntico tratamento); b) a principal força advém da certeza de que este é o último recurso para corrigir o desvio da boa interpretação da norma jurídica; e, c) deve-se sustentar o porquê da aplicação da norma jurídica em favor do precedente e contrário à decisão impugnada, enquanto questão eminentemente de Direito³⁴³.

A não observância deste requisito formal importa na inadmissão do recurso (CPCyCN, art. 292, 2º Párr., parte final³⁴⁴).

2.4.E.3. Efeito

A interposição do *recurso de inaplicabilidad de la ley* não suspende o prazo para a distribuição do *recurso extraordinario de inconstitucionalidad* a que alude o art. 256 do CPCyCN em cominação com o art. 14 da Ley nº 48, sempre sobre a formalidade prevista no art. 257³⁴⁵ da Norma Processual Civil Nacional que firma o prazo idêntico de dez dias para apresentação.

Portanto, “*De ser procedentes, entonces se deben interponer ambos recursos, y corresponde en primer lugar, la resolución del recurso de inaplicabilidad y luego la del recurso extraordinario de inconstitucionalidad.*”³⁴⁶.

A título de tratamento diferenciado (diga-se que se trata de um recurso extraordinário), no entanto, há que se lembrar que, a partir do recebimento com a subsequente declaração da Sala de que o recurso se adequa as formalidades

³⁴³ Inspirado nas lições de Falcón, op. cit., p. 470.

³⁴⁴ “(...)El incumplimiento de estos requisitos determinará su inadmisibilidad”.

³⁴⁵ CPCyCN, “Art. 257. - El recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el artículo 15 de la ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de DIEZ (10) días contados a partir de la notificación. (...) De la presentación en que se deduzca el recurso se dará traslado por DIEZ (10) días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decidirá sobre la admisibilidad del recurso. Si lo concediere, previa notificación personal o por cédula de su decisión, deberá remitir las actuaciones a la Corte Suprema dentro de CINCO (5) días contados desde la última notificación. Si el tribunal superior de la causa tuviera su asiento fuera de la Capital Federal, la remisión se efectuará por correo, a costa del recurrente. (...) La parte que no hubiera constituido domicilio en la Capital Federal quedará notificada de las providencias de la Corte Suprema por ministerio de la ley. (...) Regirá respecto de este recurso, lo dispuesto en el artículo 252.”.

³⁴⁶ Leguisamón, op.cit., p. 712.

[“recaudos legales”], ou seja, que fora admitido – na forma – concede-se o efeito suspensivo³⁴⁷, de sorte que a sentença definitiva não pode ser executada³⁴⁸.

2.4.E.4. Contraditório

O recebimento do recurso pela Sala lhe entrega a análise preliminar sobre a admissibilidade apenas em relação à forma (vedando-se o juízo de valor sobre os fundamentos), isto é, “*se limita a observar si se cumplen los requisitos de manera objetiva*”³⁴⁹.

Se o juízo for negativo, exara-se a inadmissão; em caso contrário, para boa conservação do contraditório³⁵⁰, convoca-se (*dase traslado*) a parte contrária (recorrido) para se manifestar no prazo de dez dias (CPCyCN, art. 292, 3º Párr.³⁵¹), mediante o oferecimento de sua *contestación*³⁵².

Ao contestar, o recorrido pode antepor-se a todas as questões suscitadas no recurso, desde os requisitos de formalidade (prazo e forma), até o fundo de discussão (fundamento e argumento)³⁵³.

2.4.E.5. Declaração sobre a admissibilidade

O esgotamento do prazo de resposta, com ou sem manifestação do recorrido, impõe ao presidente da Sala que recebeu o recurso o dever de remetê-lo

³⁴⁷ CPCyCN, art. 293, 2º párr., segunda parte: “...*si lo estimare admisible concederá el recurso en efecto suspensivo...*”.

³⁴⁸ “*Una vez comprobada por parte de la Sala que se hallan reunidos los recaudos legales, corresponde que el recurso sea concedido en efecto suspensivo. Ello impide cumplir o ejecutar la sentencia impugnada, hasta tanto se resuelva por la Cámara en pleno el recurso, a diferencia de lo que ocurre con el recurso extraordinario [de inconstitucionalidad], en que la misma puede ser ejecutada en las condiciones previstas por el art. 258 de este cuerpo normativo.*”. Highton, et. al., op.cit., p. 544.

³⁴⁹ Falcón, op.cit., p. 468.

³⁵⁰ “*El traslado se impone ahora, porque ante la fundamentación del recurso debe preservarse el contradictorio, otorgándose al recurrido una posibilidad de manera sucesiva para que conteste y no como era antes (...) cuando debía realizar una defensa de manera abstracta.*”. Falcón, op.cit., p. 468, nota 2.

³⁵¹ “*Del escrito de recurso se dará traslado a la otra parte, por el plazo de DIEZ (10) días.*”.

³⁵² “*(...) la exigencia de que el recurso se sustancie con la contraparte, fijando también el plazo de diez días para su contestación. De esta manera dentro de ese plazo para su interposición y contestación – las partes deben expresar las cuestiones que hacen a la admisibilidad del recurso y además pueden efectuar todas aquellas consideraciones que hagan al fondo de la cuestión en debate.*”. Highton, et. al., op.cit., p. 534.

³⁵³ Leguisamón, op.cit., p. 713.

ao presidente da “*la que siga en el orden del turno*” (CPCyCN, art. 293, 1er. Párr., primeira parte³⁵⁴).

O processamento do recurso na nova Sala marca o dever de se promover a análise sobre a admissibilidade, o que se fará mediante a apuração dos requisitos; com ênfase na constatação da contradição e na presença da devida fundamentação (CPCyCN, art. 293, 1er. Párr., parte final³⁵⁵).

Há que se registrar que a prática forense reconhece como fundamentação insuficiente os casos emblemáticos do precedente invocado não guardar relação com a sentença impugnada, seja por ser destacada a mera transcrição do *fallo*, seja porque os argumentos não vinculam o precedente ao conteúdo da decisão³⁵⁶.

A decisão que conhecer da admissibilidade penderá para um de dois caminhos. A um, para o caso de inadmissão ou insuficiência, que indica a devolução do *expediente a la sala de origen* (CPCyCN, art. 293, 2º párr., primeira parte); e, a dois, nas hipóteses de admissão, em que, de pronto, será concedido o efeito suspensivo (com a natural consequência de vedação a execução), com a subsequente remessa dos *autos al presidente del tribunal* (CPCyCN, art. 293, 2º párr., parte final).

Registre-se que a decisão da Sala que conhecer da admissibilidade (independentemente se positiva ou negativamente) é irrecorrível (CPCyCN, art. 293, 3er. Párr.³⁵⁷).

Sobre a questão da irrecorribilidade, acorda a doutrina³⁵⁸ que se trata de um comando tendente a conservar a simplicidade e, especialmente, a celeridade; embora haja discordância sobre a pertinência da vedação.

Assim, tem-se quem compreenda que nenhum recurso deva ser realmente interposto, valendo o texto literal da norma jurídica que se assenta na mera casuística sobre a forma o que impõe a Sala a condição de soberana na

³⁵⁴ “*Contestado el traslado a que se refiere el artículo anterior o, en su caso, vencido el plazo para hacerlo, el presidente de la sala ante la cual se ha interpuesto el recurso remitirá el expediente al presidente de la que le siga en el orden del turno (...)*”.

³⁵⁵ “*(...) ésta determinará si concurren los requisitos de admisibilidad, si existe contradicción y si las alegaciones que se refieren a la procedencia del recurso son suficientemente fundadas*”.

³⁵⁶ Highton, et. al., op.cit., p. 540 (em menção a vasta jurisprudência).

³⁵⁷ “*En ambos casos, la resolución es irrecorrible.*”.

³⁵⁸ Fenochieto, op.cit., p. 155; Leguisamón, op. Cit., p. 713; Highton, et. al., op. cit., p. 545.

apreciação dos requisitos, não sujeita a reapreciação³⁵⁹; vozes contrárias sustentam que nos casos de decisões arbitrárias dever-se-ia abrandar o rigor da vedação para que se admitisse a interposição do recurso extraordinário³⁶⁰.

2.4.E.6. Resolução do Presidente e questões a decidir

Por certo, a admissão do *recurso de inaplicabilidad de la ley* impõe a remessa dos autos ao presidente do tribunal, logo após a concessão do efeito suspensivo (CPCyCN, art. 293, 2º párr., *in fine*).

Destarte, recebido o expediente, já em sede de presidência, exarar-se-á a *providencia de autos*³⁶¹ que tem o condão de marcar o início da contagem do prazo³⁶², para que o presidente determine o *tema del plenario*³⁶³.

Em síntese, o “temário” se cinge a formulação da(s) questão(ões) que marca(m) o fundamento da uniformização, de sorte que se exige que seja(m) elaborada(s) em vias de permitir a resposta clara por “sim” ou “não” (CPCyCN, art. 294³⁶⁴).

Com a fixação da(s) *cuestión(es) a decidir*, o presidente as enviará, simultaneamente, aos demais membros do tribunal, anexadas as cópias do memorial (peça escrita elaborada pelo recorrente) e da eventual contestação (resposta ao recurso), com o requerimento de “*dentro del plazo de DIEZ (10) días exprese conformidad o, en su caso, formule objeciones respecto de la forma como han sido redactadas*” (CPCyCN, art. 295, *in fine*).

³⁵⁹ “*La resolución de la sala que interviene en segundo grado es irrevisable, porque ella es el tribunal supremo y de ultima instancia, en este punto relativo al recurso. Tampoco cabe contra esta resolución el recurso extraordinario, que, en su caso, debió interponerse y fundarse conjuntamente en su oportunidad legal. (...)*”. Falcón, op.cit., p. 471.

³⁶⁰ “*Sin embargo, consideramos que el pronunciamiento que desestima el recurso de inaplicabilidad de la ley, pese a ser una resolución de carácter procesal, sería plausible de ser impugnada por la vía extraordinaria cuando media en el caso alguna causal de arbitrariedad que descalifique la decisión.*”. Highton, et. al., op. cit., p. 545.

³⁶¹ Como complemento de fundo, vale consignar que se trata de uma *providencia simples* que admite o ataque pelo recurso ordinário de *reposición* ou *revocatoria* (CPCyCN, art. 238 c/c art. 273). Sobre o tema: Highton, et. al., op.cit., p. 547.

³⁶² Ponto omissis da norma advém do prazo para que o presidente pratique o ato, ou seja, elabore as questões, pelo que se acresce a posição de Falcón (op. cit., p. 472) que entende ser plausível a determinação do prazo de dez dias, uma vez que este é o tempo dado aos vogais para ponderar sobre a(s) questão(ões), conforme diretriz do art. 295.

³⁶³ Expressão proposta por Arazi y Rojas (op.cit., p. 373).

³⁶⁴ “*Art. 294. - Recibido el expediente, el presidente del tribunal dictará la providencia de autos y, firme ésta, determinará la cuestión a resolver; si fueren varias, deberán ser formuladas separadamente y, en todos los casos, de manera que permita contestar por sí o por no.*”.

Percebe-se, pois, que a construção do “temário” pelo presidente não é esgotante, tampouco definitiva, uma vez que pode ser modificada (em quantidade – por acréscimo ou por supressão de indagações; ou, em qualidade – alterações do conteúdo).

O esgotamento do prazo de dez dias para manifestação, impõe ao presidente o dever (aposto no sentido próprio de obrigatoriedade) de exarar uma nova decisão, em que mantenha a(s) questão(ões) anteriores; ou, por um juízo de valor próprio e individual (firme-se o sentido de verdadeiro poder³⁶⁵ que será exercido mediante a faculdade³⁶⁶), modifique o “temário”, o que o fará acolhendo as sugestões de seus pares (CPCyCN, art. 296³⁶⁷).

2.4.E.7. Resolução do Presidente e suspensão de pronunciamentos

A declaração da admissibilidade do *recurso de inaplicabilidad de la ley*, além de impedir a execução da sentença impugnada (nos limites do analisado) e a necessária remessa ao presidente do tribunal, ainda produz outro comando imperativo: a necessidade de notificação das demais salas para que suspendam o pronunciamento definitivo nas causas em que se debatem as mesmas questões de direito (CPCyCN, art. 301, primeira parte).

De concreto, tem-se que o presidente, quando receber o expediente, deverá, até mesmo antes de formular a(s) questão(ões), notificar os demais “*camaristas*”^{368,369}.

A lógica é bem razoável porque impede que outras salas profiram sentenças também eivadas do vício de interpretação que se quer afastar [pacificar]. Eis a evidente consagração do princípio da segurança jurídica.

³⁶⁵ Fenchietto, op. Cit., p. 158.

³⁶⁶ Arazi; op.cit., p. 472; Falcón, op.cit., p. 473.

³⁶⁷ “Art. 296. - Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior, el presidente mantendrá las cuestiones o, si a su juicio correspondiere, las modificará atendiendo a las sugerencias que le hubiesen sido formuladas. Su decisión es obligatoria.”

³⁶⁸ A palavra “camarista” foi aposta no sentido hispânico orientado pela *praxis* forense que indica os juízes de direito que compõem as “*Cámaras*” (no caso, a “*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*”, especificamente as suas Salas).

³⁶⁹ Percebe-se que o texto da primeira parte do art. 301 já lega, claramente, esta idéia (“*Declarada la admisibilidad del recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 293, el presidente notificará a las salas para que suspendan el pronunciamiento definitivo en las causas en que se debaten las mismas cuestiones de derecho; ...*”). No entanto, vale a ratificação pelo pensamento de Leguisamón, op.cit., p. 714.

Sobre a retomada dos prazos para prolação, estes somente serão reiniciados após a uniformização, ou seja, com a constituição do *fallo plenario* (CPCyCN, art. 301, segunda parte³⁷⁰).

2.4.E.8. Suspensão de pronunciamentos e *plenario virtual*

O *plenario virtual* surge quando a maioria das salas da Câmara tem posição construída em certo sentido vinculado à questão de direito debatida, o que, pela lógica, não necessitaria de suspensão e se passaria a prolação da sentença conforme a doutrina construída sobre o pensamento majoritário.

Eis o que se abstrai da parte final do art. 301 do CPCyCN, em que se lê: “*Si la mayoría de las salas de la cámara hubiere sentado doctrina coincidente sobre la cuestión de derecho objeto del plenario, no se suspenderá el pronunciamiento y se dictará sentencia de conformidad con esa doctrina*”³⁷¹.

Parece evidente que este comando faz prevalecer o princípio da celeridade, ao mesmo tempo em que demonstra que a suspensão não tem caráter absoluto³⁷². Insta mencionar as palavras de Elena Highton:

*“La finalidad de la norma apunta a lograr celeridad en los procesos, soslayando la suspensión de las sentencias definitivas cuando existe una mayoría previa de salas coincidentes, lo que tornaría de un formalismo excesivo no dictar las sentencias pendientes cuando el sentido del plenario puede anticiparse en orden a los posicionamientos ya existentes al momento de la convocatoria. Se anula así el efecto suspensivo general que deriva de la concesión del recurso de inaplicabilidad de la ley una vez fijado en forma definitiva el tema de la convocatoria a plenario.”*³⁷³.

³⁷⁰ “...el plazo para dictar sentencia se reanuda cuando recaiga el fallo plenario...”.

³⁷¹ Vale a ressalva consignada por Falcón, op.cit., p. 478: “*El plenario virtual se funda en que en la votación del plenario definitivo el resultado será el mismo, y carece de sentido retrasar por ello los pronunciamientos. Pero esta doctrina, tal como redactada adolece de algunas falsedades. Tomemos, por ejemplo, que la cámara esté compuesta por 7 salas. Tendrá luego, 21 miembros. Cuatro salas dicen blanco y tres dicen negro. El plenario virtual dirá blanco. Pero sucede que las cuatro salas que dicen blanco no lo dicen por unanimidad, sino por mayoría, mientras que las tres salas que dicen negro lo hacen por unanimidad. De esta manera, en el plenario final tendremos – eventualmente – ocho votos por blanco y trece por negro. Exactamente lo inverso del plenario virtual. El artículo debió decir: si la mayoría de las salas de la cámara ‘por unanimidad’ tuviesen una doctrina sobre el punto, lo que tampoco es una garantía absoluta, porque los miembros pueden cambiar, y cambiar las ideas.”*

No mesmo sentido crítico: Highton, et. al., op.cit., p. 558.

³⁷² Fenochieto, op.cit., p. 163.

³⁷³ Highton, et. al., op.cit., p. 558, nota 2.

2.4.E.9. Votação

O procedimento impõe, forçosamente, a necessidade da resolução das dúvidas que se materializam na(s) questão(ões) definitivamente fixadas pelo presidente do tribunal (claro que após o esgotamento do prazo de dez dias para que cada *camarista* notificado se manifestasse).

Neste sentido, promover-se-á a convocação dos membros das salas para um primeiro acordo, no prazo de quarenta dias (contados da formulação definitiva das questões), cuja intenção uníssona é a de compor uma unanimidade de posicionamentos; sendo certo que, a impossibilidade da convergência máxima, leva a determinação de como se darão a maioria e a minoria, o que ocorrerá mediante debates entre os *camaristas*³⁷⁴ (CPCyCN, art. 297³⁷⁵).

Passo seguinte, em cinqüenta dias, será marcado um novo acordo para que a maioria e a minoria expressem seus votos fundamentados, de forma conjunta e impessoal³⁷⁶ (voto único que represente a posição do grupo, mas que preveja os fundamentos gerais que convergiram para o caminho vencedor), nos estreitos limites do art. 298, 1er. Párr³⁷⁷ do CPCyCN.

Insta destacar que os juízes que, separadamente, optarem por ampliar os fundamentos do voto impessoal, fortalecendo seu posicionamento, poderão fazê-lo no prazo comum de dez dias (CPCyCN, art. 298, 2er. Párr³⁷⁸).

Observa-se, pois, que o procedimento é todo interno da câmara, o que levou Leguisamón a constatar que *“a esta altura se convierte prácticamente, podríamos decir, en una cuestión administrativa interna del tribunal”*³⁷⁹.

³⁷⁴ Highton, et. al., op.cit., p. 549.

³⁷⁵ “Art. 297. - Fijadas definitivamente las cuestiones, el presidente convocará a un acuerdo, dentro del plazo de CUARENTA (40) días, para determinar si existe unanimidad de opiniones o, en su caso, cómo quedarán constituidas la mayoría y la minoría.”.

³⁷⁶ “(...) Esto constituye una practica interna de cada cámara; la mayoría y la minoría reúnen cada una por su lado a fin de establecer los lineamientos generales del voto conjunto y encomendar su redacción a uno o más jueces (...) A los efectos de este recurso, cada camarista conserva su individualidad, con entera independencia de la sala a la cual pertenece, e integra la mayoría o la minoría en forma personal.(...)”. Leguisamón, op.cit., p. 715.

³⁷⁷ “Art. 298. - La mayoría y la minoría expresarán en voto conjunto e impersonal y dentro del plazo de CINCUENTA (50) días la respectiva fundamentación.”.

³⁷⁸ “(...)Los jueces de cámara que estimaren pertinente ampliar los fundamentos, podrán hacerlo dentro del plazo común de DIEZ (10) días, computados desde el vencimiento del plazo anterior..”.

³⁷⁹ Leguisamón, opc.it., p. 715, nota 2.

2.4.E.10. Resolução: formação da maioria

Expressa o art. 299 do CPCyCN que “*La decisión se adoptará por el voto de la mayoría de los jueces que integran la cámara. En caso de empate decidirá el presidente.*”.

Em mera leitura do dispositivo, abstrai-se que a intenção legislativa foi a de exigir o voto de todos os componentes da Câmara - e, não, apenas dos presentes ao ato formal -; de sorte que a maioria deverá ser tomada com a metade mais um de todos os votos dos *camaristas* (maioria absoluta), uma vez que “*no se admiten las abstenciones*”³⁸⁰.

Em caso de empate, a formação da maioria ficará a cargo do presidente do tribunal a quem incumbe o voto final (CPCyCN, art. 299, parte final).

2.4.E.11. *Doctrina legal*

A formação da maioria tomada nos termos do art. 299 do CPCyCN pressupõe que a matéria controvertida foi uniformizada e que a base jurídica aplicável já fora identificada e pacificada, isto é, temos uma *doctrina legal aplicable*, que, desde então, deve ser cumprida.

Assim, se a *doctrina legal* coincidir com os fundamentos da sentença recorrida, declarar-se-á infundado o *recurso de inaplicabilidad de la ley*, mantendo-se o teor da decisão originária, cuja repercussão processual indica a constituição dos efeitos da coisa julgada – salvo o caso de interposição pretérita do *recurso extraordinario de inconstitucionalidad*³⁸¹.

Caso contrário, se a sentença originária for conflitante com a nova doutrina, deverá ser sorteada³⁸² uma sala para que seja proferida nova sentença adequada aos termos da *doctrina legal* estabelecida (inteligência do art. 300, parte

³⁸⁰ Highton, et. al., op.cit., p. 552.

³⁸¹ Leguisamón, op.cit., p. 716.

³⁸² Sorteio este que se dá pela via informática: Highton, et. al., op.cit., p. 556.

final do CPCyCN³⁸³), uma vez que aquela decisão foi declarada sem efeito (*iudicium rescindens*³⁸⁴).

Sobre o sorteio da nova sala, bem lembra Falcón:

*“En el sorteo de las salas puede intervenir la sala que emitió la decisión. No existe prejuzgamiento de la cuestión, ni tampoco le impide el dictado ningún perjuicio. De lo contrario no podría dictar nunca más fallos en las cuestiones en que se tratara la misma materia.”*³⁸⁵.

2.4.E.12. Autoconvocatoria

A *autoconvocatoria* - ou, como denomina o texto legal, *convocatoria a tribunal pleno* – é uma forma anômala de exercício do *recurso de inaplicabilidad de la ley*, uma vez que aceita o procedimento regular previsto do art. 294 ao art. 299, acrescentando o art. 301 (CPCyCN, art. 302, 3º párr.³⁸⁶); ao mesmo tempo em que altera a legitimidade recursal.

Destaca-se que, partindo da idêntica idéia de que a jurisprudência deve ser uniforme, previu o legislador a possibilidade dos próprios *camaristas*, antes de proferirem suas sentenças definitivas³⁸⁷ (CPCyCN, art. 302, 1º er. párr., parte final – “*evitar sentencias contradictorias*” - c/c art. 289), requerem o pronunciamento prévio da Câmara acerca da questão de direito.

À luz do art. 302, 1º er párr., primeira parte³⁸⁸, do diploma processual civil nacional, observa-se que a iniciativa de reunião do plenário deve partir de uma das salas que componham a câmara, sendo certo que o sentido proposto é de

³⁸³ “Art. 300. - La sentencia establecerá la doctrina legal aplicable. Cuando dejase sin efecto el fallo que motivó el recurso, se pasarán las actuaciones a la sala que resulte sorteada para que pronuncie nueva sentencia, de acuerdo con la doctrina plenaria establecida.”

³⁸⁴ “Si la sentencia impugnada no coincide con la doctrina fijada en el fallo plenario, se dejará sin efecto el fallo motivo del recurso (*iudicium rescindens*) y pasarán las actuaciones a la sala que resulte sorteada, para que pronuncie nueva sentencia de conformidad con la doctrina sentada por el tribunal (*iudicium rescisorium*). (...) en la hipótesis señalada, la decisión del plenario, reiteramos, constituye el juicio rescisorio y tiene por fin reemplazar el fallo casado. La actividad procedimental que se cumple se denomina clásicamente reenvío, debiendo dictarse una nueva sentencia por la sala que resulte sorteada. (...) El reenvío no es exactamente un juicio nuevo y originario, puesto que se encuentra ligado al recurso de casación, en el caso, la doctrina legal fijada en plenario.” Fenochieto, op. cit., p. 161.

³⁸⁵ Falcón, op.cit., p. 477.

³⁸⁶ “La determinación de las cuestiones, plazos, forma de la votación y efectos se regirá por lo dispuesto en los artículos 294 a 299 y 301.”

³⁸⁷ No mesmo sentido: Highton, et. al., op.cit., p. 561.

³⁸⁸ “A iniciativa de cualquiera de sus salas, la cámara podrá reunirse en tribunal plenario con el objeto de unificar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias.”

colegiado, não sendo, portanto, admissível a convocação por um ou mais juízes em nome próprio³⁸⁹.

Há que se esclarecer que, a Ley nº 24.946, de 11 de março de 1998, instituidora da *Ley Orgánica del Ministerio Público de la Nación*³⁹⁰, em seu art. 37, alínea “e”, cuidou de conferir aos *Fiscales Generales ante los Tribunales colegiados de casación, segunda instancia y de instancia única*³⁹¹ a legitimidade para iniciar o procedimento de uniformização a que alude o *recurso de inaplicabilidad*³⁹².

Sobre o momento para materialização da iniciativa, vale dizer que o “*fiscal deberá formular la petición antes de emitir dictamen sobre el fondo de la cuestión a tratar, de manera análoga a la regla que deben seguir los integrantes del tribunal*”³⁹³.

Pois bem, a iniciativa da sala poderá³⁹⁴ ser sucedida da convocação do plenário que, de início, deverá apurar a presença da maioria absoluta dos membros da câmara (CPCyCN, art. 302, 2º párr.³⁹⁵).

2.4.E.13. Obrigatoriedade dos *fallos plenarios*

Ao encerrar a regulamentação sobre o procedimento do *recurso de inaplicabilidad de la ley*, o art. 303 do CPCyCN consagra a obrigatoriedade de se observar a interpretação construída sobre o “*fallo plenario*”, ou seja, desde a prolação da sentença definitiva em plenário, as salas da Câmara e os juízes hierarquicamente inferiores se vinculam à observância do texto para os casos futuros.

Como se abstrai do texto legal:

³⁸⁹ Leguisamón, op.cit., p. 716, nota 2.

³⁹⁰ Partindo do texto constitucional da Nação (CNA, art. 120), a estrutura do *Ministerio Público Nacional* se subdivide em duas partes (o que levou a doutrina a tratá-lo como um órgão bicéfalo): o fiscal (Ley nº 24.946/1998, art. 2º c/c art. 3º) chefiado pelo *Procurador General de la Nación* (CNA, art. 120 c/c Ley nº 24.946/1998, art. 3º, “a”) e o *de la defensa* (Ley nº 24.946/1998, art. 2º c/c art. 4º) liderado pelo *Defensor General de la Nación* (CNA, art. 120 c/c Ley nº 24.946/1998, art. 4º, “a”).

³⁹¹ Magistrados vinculados a estrutura do *Ministerio Público Fiscal* (Ley nº 24.946/1998, art. 3º, “c”).

³⁹² “*Art. 37. Los Fiscales Generales ante los tribunales colegiados de casación, segunda instancia y de instancia única, tienen los siguientes deberes y atribuciones: (...) e) Peticionar la reunión de la cámara en pleno, para unificar la jurisprudencia contradictoria o requerir la revisión de la jurisprudencia plenaria.*”.

³⁹³ Highton, et. al., op.cit., p. 562.

³⁹⁴ O próprio texto legal constitui a essência “potestativa” (Falcón, op.cit., p 479) para a convocatória quando apõe o verbo conjugado poder.

³⁹⁵ “*La convocatoria se admitirá si existiese mayoría absoluta de los jueces de la cámara.*”.

“[OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS PLENARIOS] Art. 303. - La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria.”.

A mera leitura do dispositivo já permite a certeza de que o tema é complexo e merece maiores considerações...

2.5. FALLOS PLENARIOS

Consagrou-se, no estudo sobre o procedimento do *recurso de inaplicabilidad de la ley*, que o teor do art. 303 do CPCyCN constrói a idéia de “obrigatoriedade dos *fallos plenários*”, ou seja, de “efeito vinculante”. Mas qual seria a profundidade deste comando?

2.5.A. Constituição do *fallo plenario*

O *fallo plenario* será constituído da decisão tomada em maioria dos *camaristas*, quando convocados pela parte (*recurso de inaplicabilidad de la ley* – CPCyCN, art. 288) ou por procedimento interno (*autoconvocatoria* – CPCyCN, art. 302), em vias de uniformizar a jurisprudência do órgão, o que o farão mediante a pacificação dos entendimentos que importa no assentamento da interpretação da lei (renove-se a idéia de ser admitido apenas sobre questão de direito).

Portanto, o *fallo plenario* advirá da decisão da maioria dos legitimados tomada, formalmente, numa sentença que estabelecerá a *doctrina legal aplicable* (CPCyCN, art. 300).

Daí por diante, a interpretação da lei (“doutrina legal”) firmada sobre o *fallo plenario* passa a ser de aplicação obrigatória para a Câmara e para os juízes a ela subordinados hierarquicamente (sentido de regras de competência) – CPCyCN, art. 303.

Por fim, há que se dizer que a constituição do *fallo plenario* impõe aos juízes - a ele vinculados - o dever de cumprimento da interpretação nos limites

do consignado³⁹⁶, sendo dispensável o pedido ou a invocação pela parte (ou seja, trata-se de ato *ex officio*), de sorte que, no momento de prolação da sentença, deverá o juiz de direito fundamentar (em sendo o caso) sua decisão com base na doutrina legal, sob pena de ofensa ao art. 303; e, por conseguinte, a aposição da arbitrariedade³⁹⁷.

2.5.B. Identificação e finalidade

“El fallo plenario no es una ley a respecto de la cual quepa discutir acerca de su aplicación en el tiempo (...) sino la unificación de la jurisprudencia con carácter obligatorio, con lo que tiene efectos respecto de las causas pendientes de resolución (...), desde que el litigante no posee un derecho adquirido a que el pleito se resuelva conforme a determinada interpretación de la ley en tanto cuanto no haya mediado preclusión (...).”³⁹⁸

As palavras de Kielmanovich permitem a certeza de que os *fallos plenarios* se identificam com a uniformização da jurisprudência tomada no sentido de produção judiciária convergida da interpretação da lei legitimamente legiferada; e, nunca, com a lei em si.

Assim, se o critério de identificação for tomado em relação às fontes do Direito, forçosamente, tem-se que os *fallos plenarios* se filiam à jurisprudência, em detrimento da lei - de que somente retiram os elementos normativos gerais que mereçam ser interpretados à luz do caso concreto.

A síntese impõe o sentido de que os *fallos plenarios* não criam e não podem criar direitos (ao menos acerca da acepção de lei com a ressalva da força constitutiva da sentença defendida por Kelsen, como se viu na primeira parte), uma

³⁹⁶ “Y no puede ser otra la solución. De lo contrario la costosa y fatigosa reunión plenaria y la suspensión de sentenciar casos análogos, pasaría a constituir un simple ejercicio intelectual carente de eficacia jurídica y ajeno al fin perseguido por la convocatoria, esto es, evitar fallos contradictorios. Cada juez, por convicción o comodidad, continuaría apegado a su criterio.” Fenochietto, op.cit., p. 166.

³⁹⁷ “No resulta necesario invocar una sentencia plenaria para que sea aplicada su doctrina en un caso concreto, e, más todavía, aunque fuesen citados precedentes contradictorios, igualmente debe serlo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, le incumbe al juez aplicar la doctrina plenaria. La sentencia que no siguiera la doctrina legal establecida viola el art. 303, CPCCN, e incurre en arbitrariedad.” Leguisamón, op.cit., p. 716.

³⁹⁸ Kielmanovich, op.cit., p. 481.

vez que aos juízes somente é dado o poder de interpretar a lei³⁹⁹. Eis o fundamento para a determinação de sua finalidade que se acresce nos seguintes termos:

“(...) la finalidad de los fallos plenarios no es legislativa, sino que se limita a la fijación de una doctrina legal obligatoria para una Cámara y sus tribunales de primera instancia, dentro de los límites específicamente establecidos por la ley de forma y con él único objeto de unificar jurisprudencia contradictoria (...)”⁴⁰⁰.

2.5.C. Projeção no tempo

A obrigatoriedade do cumprimento dos *fallos plenarios* se refere aos processos “em aberto”, ou seja, aqueles que se encontram pendentes de constituição dos efeitos da coisa julgada, uma vez que *“En todos los casos el juez debe aplicar la doctrina plenaria vigente en el momento de dictar sentencia y no la que estaba cuando se celebró el negocio jurídico que dio origen al proceso.”⁴⁰¹*

2.5.D. Críticas

A opção pela palavra “crítica” impõe a ressalva de que seu tratamento não será o usual (aposto no sentido pejorativo de “censura”), senão o de “opinião científica”. Tal destaque é imperativo, haja vista que as opiniões jurídicas são diametralmente opostas, o que impõe a necessidade da construção do raciocínio sobre as críticas negativas e positivas.

Neste sentido, as críticas negativas são construídas sobre três pilares⁴⁰²: a) atentaria contra a estrutura normativa do Estado, enquanto renega a idéia de caráter geral da lei e caráter particular das sentenças – a primeira, em referência a função legislativa e, a segunda, em reminiscência a função judiciária -; b) impor a parte uma interpretação da lei, tomada em um processo do qual ela não participou e que, portanto, não lhe foi dada à oportunidade de debater a matéria; e,

³⁹⁹ Arazi, op.cit., p. 376.

⁴⁰⁰ Highton, et. al., op.cit., p. 564.

⁴⁰¹ Arazi, op.cit., p. 376, nota 2.

⁴⁰² Emprestou-se a sustentação de Arazi, op.cit., p. 375/376.

c) o instituto ofenderia a Constituição Nacional (art. 31⁴⁰³), uma vez que determinaria a prevalência dos *fallos plenarios* sobre as leis, dada a sua obrigatoriedade.

Já as críticas positivas encontram escólio na assertiva de que não se trataria de substituir a vontade do Congresso Nacional, mas constituiria um modo de ordenar uma das fontes do direito, ultrapassando os limites do debate – e os riscos iminentes – dentro das salas de cada câmara, o que se faria mediante a pacificação da interpretação da lei; e, assim, se protegeria os princípios da segurança jurídica e da igualdade⁴⁰⁴.

2.5.E. Cessação da obrigatoriedade

Dispõe a parte final do art. 303 na norma processual civil nacional que “*Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria*”, o que firmaria a idéia de que somente uma nova convocação plenária que seguisse os trâmites previstos para o *recurso de inaplicabilidad de la ley* (com as ressalvas acerca da *autoconvocatoria*) seria o meio hábil a cessar a obrigatoriedade do *fallo plenario*, desde que proferisse nova sentença com doutrina legal distinta.

No entanto, lembram os jurisconsultos que as normas jurídicas devem seguir certos critérios, premissas e princípios que permitem o controle normativo de todo o ordenamento, de sorte que as regras de controle contra as antinomias e as demais que se referem à eficácia das leis devem ser observadas, no sentido de que se a lei que gerou a interpretação contida no *fallo plenario* perder seu efeito (revogação – derrogação ou ab-rogação - ou término do prazo de vigência), por óbvio, este deverá seguir o mesmo caminho⁴⁰⁵.

⁴⁰³ CNA, “Art. 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

⁴⁰⁴ Highton, et. al., op.cit., p. 563.

⁴⁰⁵ Arazi, op.cit., p. 377; Kielmanovich, op.cit., p. 481; Falcón, op.cit., p. 480.

Em dissidência: “(...) entendemos que éste continúa vigente en la interpretación de las normas derogadas, en la medida en que resulten aplicables. (...) La modificación de las normas legales muchas veces determina que el tribunal se vea obligado a pronunciarse no ya sobre la vigencia de la doctrina legal, sino sobre su propia aplicabilidad con relación a los sucesivos regímenes legales.”. Highton, et. al., op.cit., p. 567.

Insta destacar que “*los fallos plenarios no pierden vigencia por el mero transcurso del tiempo*”⁴⁰⁶, y que de acuerdo con nuestro régimen legal, la *jurisprudencia plenaria es aplicable a todas las actividades jurídicas*”⁴⁰⁷.

2.5.F. Recorribilidad do fallo plenario

Não se admite a interposição do recurso extraordinário de inconstitucionalidade (Ley nº 48, art. 14) contra o *fallo plenario* em si, porque não se está diante de um ato jurisdicional em sentido próprio, senão de um instituto que encarna a natureza normativa geral dada a sua finalidade de firmar a interpretação obrigatória (viu-se alhures que mais se assemelha a um ato administrativo do que jurisdicional)⁴⁰⁸.

Vale dizer que, diferentemente do caso tratado (recurso contra o *fallo plenario*), tem-se a hipótese de interesse em recorrer contra a sentença (ato jurisdicional em sentido próprio) que se fundamente em um determinado *fallo plenario*. Por óbvio, esta situação admite, nos termos de *error*, a interposição de recurso.

2.5.G. Fallo plenario paradigmático

Em tom de ilustração, traz-se a colação o *fallo plenario* construído perante a *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*, cujo julgamento se deu no dia 02 de outubro de 2001 (com publicação no órgão oficial no dia doze do mesmo mês) para pacificar o entendimento sobre os efeitos da conciliação tomada pelas partes sem a presença dos profissionais surgido no corpo dos autos “*Murguía, Elena Josefina c/ Green, Ernesto Bernardo s/ Cumplimiento de contrato*”⁴⁰⁹.

Perquirindo a lógica do art. 294 do CPCyCN, formulou-se a seguinte questão: “*Si la transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines*

⁴⁰⁶ Em tom contrário: aqueles que se apegam ao requisito temporal do art. 288 do CPCyCN que se assenta em dez anos (Highton, et. al., op.cit., p. 566).

⁴⁰⁷ Fenochieto, op.cit., p. 168.

No mesmo sentido: Falcón, op.cit., p. 480.

⁴⁰⁸ Filiação ao pensamento de Highton, et. al., op.cit., p. 565.

⁴⁰⁹ Com registro oficial: P CI0000 CF P014161 02-10-01.

arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”.

Após os debates e para os fins do art. 298 do Código Nacional, a maioria impessoal, com lastreio nos fundamentos: legal⁴¹⁰, doutrinário de repercussão Civil⁴¹¹ e processual civil⁴¹², bem como jurisprudencial⁴¹³; firmou seu entendimento sobre a base de que *“La transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”*⁴¹⁴.

A dita maioria foi composta por: Juan Carlos G. Dupuis (com ampliação de fundamentos), Fernando P. Saguier (em dissidência), Leopoldo M. de Oca (em dissidência e com ampliação de fundamentos), Ana María Luaces, Hugo Molteni, Jorge E. Pizarro, Gerónimo Sansó, Félix R. de Igarzábal, Jorge H. Alterini (por seus fundamentos), José L. Galmarini (por seus fundamentos), Alberto J. Bueres, Eduardo M. Martínez Álvarez, Osvaldo D. Mirás (com ampliação de fundamentos), Mario P. Calatayud (com ampliação de fundamentos), Elena I. Highton de Nolasco (em dissidência e com ampliação de fundamentos), Ricardo Burnichón (em dissidência), Carlos A. Bellucci (em dissidência e com ampliação de fundamentos), Roberto E. Greco (em dissidência e com ampliação de fundamentos), Marcelo J. Achával (em dissidência), Claudio M. Kiper, Julio O. Quintana, Delfina M. Borda, Eduardo L. Fermé, Ana María B. de Serrat, Mario Molmenti (em dissidência), Carlos R. Degiorgis, Gladys S. Álvarez e Carlos R. Sanz.

Em anteposição, a minoria, também se apegando em variadas fontes do direito, demonstrou seu rechaço aos argumentos pelo que o fizeram em atenção às alegações de ordem legal⁴¹⁵, doutrinária⁴¹⁶ e jurisprudencial⁴¹⁷; sendo

⁴¹⁰ CCA, art. 505, art. 832, art. 850 e art. 1199; CPCyCN, art. 308 e art. 500, inc. 1.

⁴¹¹ ZAVALÍA, Fernando J. López de. *Teoría de los Contratos: Parte General*. Buenos Aires: Zavalia, 1971; p. 289 - BUERES, Alberto J.; HIGHTON, Elena I. *Código Civil y Normas Complementarias: Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Tomo 2B; p. 285 - LLAMBIAS, Jorge Joaquín; ALTERINI, Atilio A. *Código Civil de la Nación*. Tomo IIIA, p. 130.

⁴¹² COLOMBO, Carlos J. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo II, p. 641.

⁴¹³ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Carluccio, Jorge Agustín y otro s/ Apremio”, del 20/8/91; Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “De Sousa, Daniel O c/ Empresa de Obras Sanitarias de la Nación” del 27/10/92 - T.315, p.2575; C.N.Civ., Sala “C”, septiembre 1º-1992, r. 88.719, *in re* “Nardini de Alisente, Miriam C. c/ Inst. de Serv. Sociales Bancarios y otro s/Daños y Perjuicios”.

⁴¹⁴ Vide Anexo I.

⁴¹⁵ CCA, art. 851, art. 1195 e art. 1199.

⁴¹⁶ COLOMBO, Carlos J. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: Anotado y Comentado*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975; p. 640 - FASSI, Santiago C.; YAÑEZ, César D. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes: Comentado, anotado y concordado*. Tomo 2.

certo que propuseram como doutrina legal que: *“La transacción o conciliación que pone fin al pleito es inoponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”*⁴¹⁸.

Os adeptos foram: Fernando P. Saguier, Leopoldo M. de Oca (com ampliação de fundamentos), Elena I. Highton de Nolasco (por seus fundamentos), Ricardo L. Burnichón, Carlos A. Bellucci (com ampliação de fundamentos), Roberto E. Greco (por seus fundamentos), Marcelo J. Achával e Mario Molmenti.

Findos os debates e apresentados os argumentos, para efeitos do art. 303 do CPCyCN (o que significa dizer: a doutrina legal obrigatória) ficou assentado o seguinte comando: *“La transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”*⁴¹⁹.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

As primeiras linhas do presente capítulo davam ciência de que a abordagem partiria do geral para o específico; e, assim se fez...

Na primeira parte, a ênfase recaiu sobre o constitucionalismo argentino, em vias de se entender as particularidades de sua federação (com reflexos na sua gênese como confederação) que se constituiu após árduos embates (como comprovam os fatos), sendo certo que a intenção era a de identificar a estrutura de poder e os critérios (já evoluídos para os dias atuais) de repartição de competências que permitissem o convívio normativo harmônico entre o estado federal (*“La Nación”*) e os estados provinciais. Afinal, neste sistema, cada província pode, além de criar sua própria Constituição, legislar sobre matéria processual civil

Buenos Aires: Astrea, 1989; p. 610 - FENOCHIETO, Carlos Eduardo; ARAZI, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*. Tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 1993; p. 17 - PALACIO, Lino Enrique; VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo 7. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1993; p. 52 - LLAMBÍAS, Jorge Joaquin. *Código Civil Anotado*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983; p. 835 – ZAVALÍA, Fernando J. López de. *Teoría de los Contratos: Parte General*. Buenos Aires: Zavallia, 1971; p. 279/280 - COBO, Jorge E. Lavalle, en Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., *“Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado”*, Buenos Aires, 1984, Astrea, tomo 5, páginas 882/883.

⁴¹⁷ C.S.J.N., *in re* “Asociación Trabajadores del Estado c/ Provincia de San Juan”, del 28/3/2000, Fallos, tomo 323, página 677; C.S.J.N., *in re*, “García, Carlos José y otro c/ Obras Sanitarias de la Nación”, del 9/10/90.

⁴¹⁸ Vide Anexo I.

⁴¹⁹ Vide Anexo I.

mediante a instituição de Códigos que prevejam, inclusive, formas distintas para conhecer da pacificação de julgados.

Com a identificação geral do modelo constitucional argentino, passou-se ao estudo dos aspectos processuais civis, em vias de sedimentar os institutos e convergir a análise, de uma forma ordenada, para a seara recursal.

Assim, firmou-se a base sólida de que o sistema se filia a família Romano-germânica e, por conseguinte, adota o positivismo como principal gestão das condutas, o que significa dizer que a lei (em sentido geral) passa a ser a principal fonte do Direito. A conclusão é bem lógica: a legislação processual civil ganha força imperativa no modelo.

Portanto, o Código de Processo Civil aliado às normas correlatas se compromete a regulamentar o tema, qual seja: a pacificação de julgados. Mas, qual seria a extensão desta afirmação, uma vez que a Argentina aceita a adoção de vinte e cinco “Códigos Processuais” (um federal, um da “*Ciudad Autónoma de Buenos Aires*” e um para cada uma das vinte e três províncias)?

Para a resposta e sua eficácia, preferiu-se a adoção, apenas, da legislação federal com maior dedicação ao *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, em detrimento de qualquer outro por mais particular que fosse.

Com a evolução da identidade da pesquisa, enveredou-se pelo estudo da estrutura recursal, o que se fez destacando a prevalência da *doble instancia* (apegada à permissão de interposição de inúmeros recursos classificados como ordinários e extraordinários) enquanto mecanismo hábil de conservação da segurança jurídica por prever e assegurar à parte o direito ao reexame das sentenças, especialmente as consideradas definitivas. Eis o espírito dos recursos: afastar ou, ao menos, diminuir a ocorrência de *errores* advindos da falibilidade humana...

Eis o ambiente propício para o aprofundamento da abordagem mediante o estudo convergente do *recurso de inaplicabilidad de la ley* que impôs a divisão da análise em duas partes: uma dedicada aos aspectos gerais e técnico-teóricos (conceito, finalidade, objeto, requisitos e interesse) e outra aos aspectos práticos (procedimento com lastro nos dispositivos específicos – CPCyCN, art. 288 ao art. 303, cuja preocupação também se cingiu a demonstração de dois tipos de procedimentos: um regular – iniciado pela parte prejudicada –; e, outro de iniciativa da própria Câmara – *autoconvocatoria*).

Por ora, é bom que se lembre que este recurso extraordinário se preocupa com a determinação da doutrina legal obrigatória a ser aplicada (impreterivelmente, pelos juízes vinculados - sentido de competência hierárquica - ao órgão prolator), que é definida pela Câmara reunida em plenário após a declaração da maioria impessoal dos *camaristas*, por convocação do presidente, em vias de pacificar os entendimentos sobre a questão específica de direito (afastando as questões, fática e probatória).

Em seqüência, partiu-se para a casuística que repousa sobre os *fallos plenarios*, especificamente às questões de ordem prática; de sorte que foi possível a certeza de que é sobre eles que se assenta a *doctrina legal aplicable*.

Por fim, uma única conclusão se demonstra impertinente, embora uma frase de fundo mereça ser dita: o *recurso de inaplicabilidad de la ley* é o responsável pela pacificação dos julgados, mediante a uniformização dos pensamentos dos *camaristas* acerca de uma específica questão de direito que, após a deliberação, se torna obrigatória.

CAPÍTULO 3 – DIREITO BRASILEIRO: UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O presente Capítulo terá como escopo precípua apresentar, via descrição, a experiência, a normatização e a doutrina brasileira assente sobre a questão da pacificação dos julgados e, neste, especialmente a preocupação com a distribuição mais equânime possível da “justiça”, sempre sob a ótica da entrega da tutela jurisdicional, via interpretação autêntica.

Para consecução, preferiu-se (em atenção à metodologia previamente fixada e aos moldes do capítulo anterior) adotar o critério dedutivo, o que impõe o dever de se iniciar a abordagem desde os critérios gerais (constitucionalismo brasileiro) para o mais específico (constituição das súmulas judiciais).

Há que se dizer, desde já, que o constitucionalismo tem especial importância porque ajuda na compreensão da relação entre as funções do Estado e na alocação das competências originárias constitucionais que, certamente, tem repercussão na identidade processual civil – neste modelo é centralizada – que, evoluindo no transcurso da experiência social, admitiu e consagrou a necessidade do agigantamento do poder judiciário, desde que sob as inspirações de alguns limites, dentre eles o “duplo grau de jurisdição” que ajuda na eficiência e segurança jurídicas que se desdobrará na própria efetividade da justiça.

Ademais, se o tema recair sobre a estrutura judiciária hierárquica que preveja inúmeras instâncias, por óbvio há que se dinamizar e controlar os trabalhos, pelo que se idealizou a figura das súmulas que passa a ser o ponto de chegada da abordagem, por apresentar à sociedade a “melhor” interpretação a ser dada a determinada norma jurídica em situações fáticas específicas.

3.1. CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Falar do constitucionalismo brasileiro é preparar o ambiente propício para a constatação de que se vive, modernamente, o fenômeno da

constitucionalização de todo o Direito⁴²⁰; o que significa, em último grau, a perpetuação da idéia de que toda a legislação deve encontrar no texto constitucional a adequação do seu conteúdo normativo, sem se olvidar dos critérios de validade, o que se consegue com a boa interpretação.

O tratamento dispensado a legislação processual civil não é diferente, de sorte que é imprescindível a apresentação de alguns referenciais que permitam a boa compreensão – encadeamento lógico – do tema de fundo, mediante a convergência de algumas premissas lógicas.

3.1.A. Antecedentes: dança dos poderes e desenho federal

A identidade jurídica brasileira começou a ganhar contornos com a dominação política pela Coroa Portuguesa, mormente pelos atos de descobrimento ocorridos em 1500 e a imposição, nas terras de além-mar, do dever de cumprimento às ordenações⁴²¹ (à época, sob a bandeira da recopilação Afonsina).

A colonização, como é cediço, importa na exploração do dominado; e, no Brasil, não foi diferente: a extração do pau-brasil, a coleta de minérios (especialmente o ouro) e a implementação da política agrícola, sempre lastreadas na força do trabalho exploratório iniciado com a mão-de-obra escrava; trazem a marca temporal da presença portuguesa em terras tupiniquins.

Alheios aos fenômenos históricos específicos, por certo, o início do século XIX da era Cristã teve especial importância para o constitucionalismo brasileiro, haja vista que, a reboque da vinda da família real – capitaneada por D. João VI - para a colônia com a transferência da capital política do Reino como meio hábil de fuga dos atos de conquista napoleônicos, o território dominado evoluiu e se

⁴²⁰ A alocação da expressão tem duplice significado: a um, representa a perpetuação do Estado Democrático de Direito fundado sobre uma Constituição legiferada pelas autoridades legislativas competentes (constituente originário) o que a alça ao ápice do ordenamento jurídico por representar o critério último de validade dentre as normas postas; e, a dois, orienta o convívio harmônico entre as normas jurídicas, uma vez que afasta as antinomias e autoriza o suprimento de lacunas, o que entrega ao ordenamento jurídico o sentimento de estabilidade.

⁴²¹ “As Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas também tiveram sua vigência entre nós; no entanto, os reflexos diretos de ambas em nossa legislação e história do processo civil são quase nulos, pois que estes só se fizeram sentir, realmente, através do Código Filipino”. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V.1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990; p. 52.

estruturou de tal forma que permitiu que, em 1822, já sob a gestão de D. Pedro I⁴²², ocorresse a Independência do Brasil, isto em sete de setembro, após o “grito de independência” tomado às margens do rio Ipiranga.

A consequência jurídica foi a de constitucionalizar o Brasil independente, o que se fez com a outorga da Constituição Imperial de 1824, levada ao cumprimento em 25 de março, em que se lia no art. 10⁴²³ que o Império do Brasil se constituiria sob a gestão de quatro poderes: três regularmente constituídos e defendidos pelos movimentos liberal-democráticos (legislativo, executivo e judiciário) e um de equilíbrio para conservação dos demais (moderador).

O poder moderador surgiu politicamente como mecanismo de legitimação e conservação do poder político em mãos do imperador - que não seria qualquer um, senão o próprio D. Pedro I (art. 116⁴²⁴) e seus descendentes (art. 117 ao art. 120) -, afinal, na redação do art. 98, previa ser (...)

“(...) a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”.

Ademais, o texto supremo cuidou de centralizar ainda mais o exercício do poder político, uma vez que consignou no art. 102 que, além do poder moderador, incumbia ao imperador conservar o poder executivo (“O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado”).

Os reflexos institucionais foram estendidos ao parcelamento do solo, haja vista que passava o Império do Brasil a adotar o regime de províncias (art. 2^o⁴²⁵) administradas por presidentes diretamente nomeados pelo imperador, cuja remoção era admitida pela simples manifestação de vontade do chefe do executivo

⁴²² Vale lembrar que D. João VI regressara a Portugal em abril de 1822 após nomear como Regente, seu filho primogênito (D. Pedro I), em vias de conter o motim instaurado pelas tropas portuguesas nos quartéis do Rio de Janeiro.

⁴²³ Constituição de 1824, “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.”.

⁴²⁴ Constituição de 1824, “Art. 116. O Senhor D. Pedro I, por Unânime Aclamação dos Povos, atual Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo, Imperará sempre no Brasil.”

⁴²⁵ Constituição de 1824, “Art. 2. O seu território é dividido em Províncias na forma em que atualmente se acha, as quais poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado.”

(art. 165⁴²⁶). Eis a melhor forma de se consagrar o governo monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º).

A cominação destes elementos não permitiu que se instituísse qualquer forma de federação, senão que surgisse um Brasil, livre e constitucional, fincado sob o estigma de Estado Unitário descentralizado⁴²⁷.

Estas linhas constitucionais prevaleceram até 24 de fevereiro de 1891 quando começou a produzir efeitos a “Primeira Constituição Republicana do Brasil”, cuja denominação teve assento no ato pretérito, tomado em 15 de novembro de 1889, pelo qual se impingia a abolição, via golpe militar, da forma monárquica de governo, com a subsequente substituição pela forma republicana.

Sobre os poderes, expungiu-se o moderador para, prestigiando os princípios da independência e harmonia entre as funções estatais, prever-se a legitimação do legislativo, do executivo e do judiciário (art. 15⁴²⁸).

Já as províncias deixavam de existir para dar lugar à criação dos estados-membros (art. 2º⁴²⁹) que nasciam sob a bandeira institucional da liberdade – a intervenção passava a ser exceção à regra (art. 6º⁴³⁰) - consignada na permissibilidade constitucional de auto-gerir seus interesses (art. 5º⁴³¹) – inclusive com a captação de fundos advindos de tributos (art. 9º⁴³²).

Percebe-se, pois, que a dinâmica de tripartição de poderes como consignadas nas Constituições democráticas e aos moldes do observado por Montesquieu veio a se enraizar no modelo constitucional do Brasil, apenas com a Constituição de 1891; da mesma forma em que foi este texto supremo o responsável por alinhar a estrutura federativa brasileira pautada na subdivisão política entre: a

⁴²⁶ Constituição de 1824, “Art. 165. Haverá em cada Província um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convém ao bom serviço do Estado.”.

⁴²⁷ “A Constituição de 1824, todavia, deu ao Brasil a forma de Estado unitário descentralizado. Não satisfez, assim, o anseio federalista que, por todo, o Império, serviu de arma à oposição, inclusive ensejando conflitos armados. É certo que a Emenda Constitucional de 1834, o chamado Ato Adicional, ampliou a descentralização. Todavia, pela dita Lei de Interpretação de 1840, voltou-se atrás num sentido centralizador.”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007; p. 58.

⁴²⁸ Constituição de 1891, “Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”.

⁴²⁹ Constituição de 1891, “Art. 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.”

⁴³⁰ Constituição de 1891, “Art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo:”.

⁴³¹ Constituição de 1891, “Art. 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.”

⁴³² Constituição de 1891, “Art. 9º - É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos:”

União, os estados-membros (art. 63⁴³³) e os municípios (art. 68⁴³⁴); que admitiu a forma por segregação⁴³⁵.

3.1.B. Efetividade constitucional: Texto supremo de 1988

Após a Carta Imperial de 1824 e a Carta Republicana de 1891, o constitucionalismo brasileiro ainda experimentou outros textos supremos (cada um representativo de um momento sócio-político-administrativo-institucional que somente a História pode ilustrar) – e suas respectivas reformas - em: 1934, 1937, 1946, 1967 e a EC nº1/1969.

Até que, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Carta Cidadã restaurando [*rectius*, instaurando] – o que o fez com o afastamento do Estado de exceção construído sob a forma de ditadura militar implementada desde a década de sessenta até o início dos anos oitenta - o regime democrático que renovou os princípios basilares da supremacia da Constituição (centrado na idéia de que nada pode ofender o texto supremo, nem mesmo o Estado) e da soberania do poder popular (firmado sob a premissa de que o poder político emana do povo – legitimidade – e para ele retorna – titularidade).

O primeiro, preservado principalmente pelo sistema de controle de constitucionalidade que entrega ao Supremo Tribunal Federal (órgão de cúpula para questões de constitucionalidade no que concerne ao critério concentrado) a função de guardião da Constituição (CRFB/1988, art. 102⁴³⁶), cuja atuação se assenta na proteção mediante o afastamento das normas tidas por ofensivas ao texto supremo; além, é claro, da própria proteção perpétua do constituinte originário advindas das cláusulas pétreas (CRFB/1988, art. 60, §4^{o437}).

⁴³³ Constituição de 1891, “Art 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitados os princípios constitucionais da União.”.

⁴³⁴ Constituição de 1891, “Art. 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”.

⁴³⁵ “A Federação chegou ao Brasil ao mesmo tempo que a República, formalizadas ambas pelo Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Por este decreto, as províncias do Império foram transformadas nos Estados da República, ganhando autonomia. O caso brasileiro, pois, é típico do federalismo por segregação.”. Ferreira Filho, op.cit., p. 59.

⁴³⁶ Constituição de 1988, “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

⁴³⁷ Constituição de 1988, “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) I - a forma federativa de Estado; (...) II - o

Já a soberania do poder popular encontra adoção clara no sistema de sufrágio que se constitui sob a forma universal e mediante “o voto direto e secreto, com valor igual para todos” (CRFB/1988, art. 14), cuja essência advém do parágrafo único do art. 1º⁴³⁸, mormente a percepção de que “todo poder emana do povo”.

Com a consagração dos princípios basilares sob os quais se assentam os Estados Democráticos de Direito, a Constituição Federal passou a regulamentar as demais matérias, de sorte que foram observadas: a estrutura federativa fulcrada na tríade⁴³⁹: municípios, estados-membros e União⁴⁴⁰ (com especial tratamento na divisão das competências); e, a tripartição de poderes do Estado.

Há que se afirmar que a tripartição de poderes continuava a seguir a idéia republicana originária idealizada sobre o convívio independente e harmônico do legislativo, do executivo e do judiciário; bem como se inspirava no sistema norte-americano de freios e contrapesos como mecanismo hábil de manter o equilíbrio entre as funções estatais (*v.g.*, o próprio controle de constitucionalidade e, acresça-se, o sistema de veto presidencial⁴⁴¹).

Ademais, cada um dos “poderes do Estado” passou a ser responsável, claramente, por uma ação específica, de sorte que ao executivo incumbia cuidar da administração pública; ao legislativo, prestigiar a legiferação; e, ao judiciário, a exercer a jurisdição.

voto direto, secreto, universal e periódico; (...) III - a separação dos Poderes; (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

⁴³⁸ Constituição de 1988, art. 1º, parágrafo único. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁴³⁹ “A Constituição brasileira de 1988, no que segue a anterior, não se contenta em estabelecer a Federação, descentralizando o todo; estabelece também o municipalismo, impondo a descentralização das partes. Há em nossa Constituição três ordens e não duas, como é normal no Estado federal. Em primeiro lugar, a ordem central – a União – em segundo lugar, ordens regionais – os Estados – em terceiro lugar, ordens locais – os municípios.”. Ferreira Filho, *op.cit.*, p. 60.

⁴⁴⁰ Constituição de 1988, “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.” Reforçada no “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

⁴⁴¹ Constituição de 1988, art. 84, incisos IV e V, *in verbis*: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...) V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente; (...)”.

3.1.C. Estabilidade federativa: repartição de competências

O modelo de federação brasileira construída sob três níveis organizacionais impõe o dever de observância incondicional aos limites instituídos pelas regras de competência em vias de manter o convívio harmônico entre a União, os estados-membros e o Distrito Federal, bem como os municípios.

Destarte, o Título III da Constituição de 1988 se preocupa em definir exatamente os limites de cada ente federado, pelo que se tem: Capítulo II referendado a União (CRFB/88, art. 20 ao art. 24), Capítulo III em reminiscência aos estados-membros (CRFB/88, art. 25 ao art. 28), Capítulo IV concernente aos municípios (CRFB/88, art. 29 ao art. 31) e Capítulo V vinculado, tanto ao Distrito Federal (CRFB/88, art. 32), quanto aos territórios (CRFB/88, art. 33).

Percebe-se, pois, que a convivência pacífica é indispensável, haja vista que a União é composta pela reunião dos estados-membros que se dividem, territorialmente, em municípios; o que permite falar em República Federativa do Brasil.

Insta lembrar que a proposta não é a de promover um estudo aprofundado sobre os critérios de competência que devem nortear o convívio harmônico entre os entes federados, senão o de identificar a sua existência e complexidade⁴⁴² que permita o prosseguimento da análise do tema de fundo, ou seja, a localização exata de quem tem competência para legislar sobre matéria processual civil, no modelo constitucional brasileiro.

Afinal, já dispunha Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

⁴⁴² Por aqui, bem oportuna é a lição de que “A repartição de competências é considerada como um dos elementos essenciais ao federalismo e sua caracterização efetiva. Não havendo hierarquia entre os entes federativos, e para garantir-lhes a autonomia, as Constituições procedem a uma repartição de competências. Contudo, é certo que há variações na forma de atribuição de competências quando comparados a diversos modelos constitucionais de federação.” TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002; p. 748.

Perquirindo esta lógica, o próprio André Ramos Tavares identifica uma infinidade de critérios que devem ser cumulados para a consecução do fim; mas, sempre, sobre a ressalva de que “Difícil ou impossível será a tarefa de sustentar uma matéria como sendo exclusivamente de âmbito nacional, regional ou local.” Tavares, *op.cit.*, p. 749.

A título de menção, foram identificados, pelo autor (Tavares, *op.cit.*, pp. 749/756) os seguintes critérios baseado numa divisão maior entre competências administrativa e legislativa, com a subsequente subdivisão, para o primeiro grupo, em exclusiva e comum; enquanto que, para o segundo, diz-se de competência privativa da União, competência estadual exclusiva, competência concorrente, competência remanescente (do Estado), competência municipal exclusiva, competência do Distrito Federal, competência delegada (aos Estados-membros) e competências implícitas.

“É bastante complexa a repartição de competências na Constituição brasileira. Nela coexistem a repartição horizontal e a repartição vertical de competências. Por outro lado, há que distinguir entre a repartição de competência legislativa e a repartição de competência administrativa.”⁴⁴³.

3.1.D. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual

Hodiernamente, não resta dúvida de que somente a União tem competência (por isso se diz: privativa ou exclusiva) para legislar sobre o direito processual [civil], uma vez que o art. 22, I da Lei maior é claro e esgotante quando dispõe que “Compete privativamente à União legislar sobre (...) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

A clareza do texto constitucional, no entanto, pode encobrir o fenômeno de que a adoção de um código unitário de processo civil no Brasil nem sempre foi ponto pacífico, mormente pela inspiração das Constituições Federais anteriores.

Em verdade, a discussão foi semeada com o movimento de codificação (inspirado no movimento napoleônico) iniciado com a Constituição Imperial que mandava organizar um Código Civil e Criminal o quanto antes (art. 179, XVIII⁴⁴⁴) – perceba-se que a aceitação da autonomia do direito processual não era latente.

Registre-se que, se a discussão começou em 1824, foi com a Constituição de 1891 que recrudescer. Sucintamente, dir-se-ia que o art. 34, 23^o⁴⁴⁵ (interpretado nos limites do art. 63⁴⁴⁶), ao adjetivar a Justiça como “federal” deu azo a interpretação de que existiria também uma Justiça “estadual”⁴⁴⁷, cujo resultado

⁴⁴³ Ferreira Filho, op.cit., p. 61.

⁴⁴⁴ Constituição de 1824, “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) XVIII. Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”

⁴⁴⁵ Constituição de 1891, “Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;”

⁴⁴⁶ Constituição de 1891, “Art. 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitadas os princípios constitucionais da União.”

⁴⁴⁷ Em outra ocasião mencionou-se que “Como resultado, a União editou a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, mandando aplicar o seu diploma antecessor (Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890) com as ressalvas

prático foi a aceitação da descentralização legislativa que autorizava a cada um dos estados-membros a criar seus próprios códigos⁴⁴⁸.

Com a aceitação de que o dualismo processual justificado pela descentralização legislativa de força constitucional foi um fracasso, restou à Constituição de 1934 chamar à ordem a discussão, o que o fez mediante a determinação de que seria da União a competência privativa para legislar sobre o tema (art. 5º, XIX, “a”⁴⁴⁹), ou seja, plantou-se a semente que foi germinada nos textos seguintes (*ex vi*, CF/1937, art. 16, XVI⁴⁵⁰; CF/1946, art. 5º, XV⁴⁵¹; CF/1967, art. 8º, XVII, “b”⁴⁵²) até se enrijecer na atual Constituição.

3.1.E. Conclusão parcial: notas de convergência

Por óbvio, a idéia não é a de encerrar o debate, tampouco fechar um sistema; ao contrário, a pretensão foi a de consagrar algumas premissas que ajudam a compreender a estrutura processual civil brasileira, de sorte que a origem institucional fundada nas particularidades do constitucionalismo se apresenta deveras importante.

Neste sentido, o modelo constitucional brasileiro nasceu sobre uma alocação anômala dos poderes do Estado, em que, ao lado da tríade

ínsitas em seu texto, bem como autorizou ao Poder Executivo a promover a elaboração de um diploma que cuidasse da organização da justiça federal. O resultado prático foi a edição do Decreto nº 3.084, de 05 de novembro de 1898, versando, justamente, sobre a sistematização da justiça federal. (...) Nos limites dos estados-membros, quase todos se reportaram ao Regulamento nº 737/1850 ou ao Decreto nº 3.084/1898, haja vista o despreparo técnico-jurídico de seus legisladores e da inovação trazida pela Carta Constitucional de 1891, sendo certo que somente a Bahia e São Paulo trouxeram algumas novidades em atenção ao movimento europeu”. PIRES, Alex Sander Xavier; et. al. *Sistema de Antecipação de Tutela – A Antecipação de Tutela por seus Fenômenos Processuais*. Rio de Janeiro: S/Ed., 2008; p. 28.

⁴⁴⁸ Sobre o tema, lembra Humberto Theodoro: “A Constituição Republicana de 1891, estabeleceu a dicotomia entre a Justiça federal e a estadual, bem como entre o poder de legislar sobre processo. Elaboraram-se, então, o direito processual da União (consolidação preparada por Higinio Duarte Pereira, aprovada pelo Decreto nº 3.084, de 1898) e os vários códigos estaduais de Processo Civil, quase todos simples adaptações do figurino federal, por falta de preparo científico dos legisladores para renovar e atualizar o direito processual pátrio. Apenas no Código da Bahia e no de São Paulo se notou a presença de inovações inspiradas no moderno direito processual europeu”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006; p. 17

⁴⁴⁹ Constituição de 1934, “Art. 5º - Compete privativamente à União: (...)XIX - legislar sobre: (...) a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;”

⁴⁵⁰ Constituição de 1937, “Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: (...) XVI. o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual;”

⁴⁵¹ Constituição de 1946, “Art. 5º - Compete à União: (...)XV - legislar sobre: (...) a) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho;”

⁴⁵² Constituição de 1967, “Art. 8º - Compete à União: (...)XVII - legislar sobre: (...) b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, aéreo, marítimo e do trabalho;”

consagradamente essencial (executivo, legislativo e judiciário), acresceu-se o moderador para que o “Império Constitucional do Brasil” se firmasse sobre a base sólida da centralização política - vale lembrar que o Imperador segurava na mão direita o poder moderador; ao mesmo tempo em que renovava o gesto com a mão esquerda, estrangulando o executivo.

Esta estrutura perdurou até a República, quando a Constituição de 1891 retomou a tríade clássica de poderes (expungindo o moderador), bem como instituiu a forma federativa do Estado brasileiro baseada no convívio harmônico entre a União e os estados federados – que substituíram as províncias. Eis a identificação do modelo como sendo de segregação.

Se a Constituição de 1891 contribuiu para o fortalecimento do Estado brasileiro e a positivação da República; de forma distinta atuou em relação ao direito processual, uma vez que, a pouca clareza do texto, deu ensanchas ao dualismo legislativo, em que ao lado de uma lei processual civil de iniciativa da União conviviam tantas outras quantas fossem de interesse do Estado-membro legislar.

A partir da Constituição de 1934 o dualismo foi superado e o tema unificado com a consagração da competência privativa da União em legislar sobre a matéria de direito processual civil, cujo referencial foi seguido até a hodierna Constituição.

Pois bem, a Constituição de 1988 conservou o modelo de código unitário por renovar a centralização legislativa no que concerne a competência privativa da União em regulamentar o direito processual civil - em síntese: no Brasil, apenas um Código de Processo Civil é admitido em todo o território nacional; ao mesmo tempo em que fortaleceu os princípios democráticos da supremacia da norma constitucional e da soberania do poder popular que autorizam o convívio harmônico e independente entre as funções estatais clássicas para exercício do poder político sobre qual se assenta a República Federativa do Brasil; o que o faz com a identificação hialina dos campos de atuação, de sorte que ao executivo se dedica a administração pública, ao legislativo a criação de leis e ao judiciário o exercício da jurisdição.

Eis as premissas que invocam e autorizam o estudo sobre a estrutura processual civil.

3.2. ESTRUTURA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA: ANÚNCIO DE UM SISTEMA

O caminho natural que admita a convergência do estudo da uniformização de jurisprudência no modelo brasileiro deve passar (após os destaques trazidos pelas particularidades do constitucionalismo interno) pela necessária fixação de alguns limites institucionais que permitam a identificação do sistema, tais como: a filiação, o tratamento dispensado às fontes do Direito, a estrutura normativa, a estabilidade organizacional, a codificação e os institutos de raiz.

3.2.A. Traços característicos

Partindo do critério proposto por René David, em sua obra clássica “Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo”, indubitavelmente se filia o modelo brasileiro à família Romano-germânica⁴⁵³ (em muito devido aos reflexos de sua colonização pela metrópole portuguesa), cuja consequência sistêmica natural indica que a principal fonte do Direito é a lei (diga-se em sua manifestação mais ampla).

E, quando se menciona a lei, há que observar as diretrizes formuladas pelo positivismo jurídico, seja no tratamento isolado da norma jurídica, seja pela íntima relação de todo o ordenamento. Destarte, a primeira afirmação consigna a idéia de que a função legislativa ganha uma relativa importância em razão da estrutura trinária de poder; e, a segunda, de que o ordenamento jurídico deve ser hierarquizado em vias de garantir o convívio harmônico entre as normas jurídicas⁴⁵⁴.

Daí é que o modelo brasileiro adota, pelo parâmetro kelseniano, o controle normativo baseado na compatibilidade vertical que indica que uma norma hierarquicamente inferior deve encontrar amparo em outra, de mesma espécie e

⁴⁵³ David, *op.cit.*, p. 77.

⁴⁵⁴ Aqui, valoriza-se a pesquisa com a defesa de integração normativa de Norberto Bobbio, construída sobre a premissa maior de que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (...) e esse contexto de normas costuma ser chamado de ‘ordenamento’”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Maria Celeste Leite dos Santos. 1 ed. 2 reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991; p. 19.

gênero, superior; até que se chegue a Constituição Federal que representa o elemento último de validade de todo o ordenamento jurídico⁴⁵⁵.

A tradução é bem simples: partindo do art. 22, I da Constituição Federal, deu-se por compatível a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que introduziu o vigente – porém remodelado – Código de Processo Civil (CPC), de sorte que a recepção do texto consagra, primeiramente, o modelo unitário; enquanto cria, pela hierarquia, o segundo escalão normativo processual civil. Nestes termos, passa o CPC a ser declarado “constitucional” (por ter sido recepcionado pela atual ordem constitucional) e a principal fonte do direito processual civil.

3.2.B. Construindo um modelo processual codificado

Em linhas passadas, analisou-se como a República Federativa do Brasil foi instituída de Direito (reflexos do constitucionalismo) sempre sobre os focos: principiológico, da alocação dos poderes e, especialmente, a forma de instauração da federação; haja vista que estes elementos seriam suficientes para a definição da repartição de competências que permitisse a compreensão sobre a estrutura processual civil. Daí a questão que se renova: qual foi o caminho trilhado pelo CPC?

A resposta se inicia com a Constituição Imperial de 1824 que mandou instituir brevemente os Códigos: Civil e Criminal.

De concreto, o Código Civil foi renegado ao segundo plano – e com ele qualquer possibilidade de se pensar em um “Código de Procedimentos” (em muito devido ao impasse criado em razão da materialidade se deveria ser elaborado um texto único jungindo as questões cíveis e comerciais; ou, se os temas deveriam ser positivados separadamente), uma vez que, primeiramente, vieram a lume os Códigos: “Criminal” (1830) e o de “Processo Criminal de Primeira Instância” (1832).

Se o primeiro diploma codificado processual foi o criminal, ao menos a iniciativa foi positiva para seu co-irmão civil, haja vista que (...)

“(...) este diploma legislativo serviu de sucedâneo para a aplicação subsidiária em seara civil, mesmo por que, o ‘Título Único’, alcunhado de ‘Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil’, trazia, em seus vinte e sete artigos os

⁴⁵⁵ Eis a manifestação da “Estrutura Escalonada da Ordem Jurídica” tratada por Hans Kelsen na quinta parte (Dinâmica Jurídica) de sua Clássica Teoria Pura do Direito. Kelsen, op.cit., p. 247.

comandos normativos (especialmente a sumariedade no procedimento) que norteariam desde a conciliação até o exercício pleno da jurisdição por juízes de direito de competência cível. Eis o ambiente propício para se instituir o primeiro código de processo civil independente.”⁴⁵⁶.

Ainda assim, prevaleceu a edição do Código Comercial (CCom) pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, em detrimento dos demais.

Em tom otimista, os processualistas resgataram no art. 27 do Título Único da Parte Final do CCom⁴⁵⁷, a oportunidade de pelear pela criação do Código de Processo Civil que ganhou contornos mais severos com a edição do Decreto [*rectius*, Regulamento] nº 737, de 25 de novembro de 1850; em que se lia, já no primeiro artigo⁴⁵⁸, que a intenção era a de regulamentar as relações comerciais, dir-se-ia, apenas.

Assim, as causas cíveis continuavam a se valer do texto das Ordenações, até que (registre-se que inúmeras foram as tentativas, no período, sendo que todas infrutíferas para a consecução do fim de se regulamentar a matéria processual civil), em 19 de setembro de 1890, por força do Decreto nº 763, lia-se no art. 1º que seriam “aplicáveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850 (...)”.

O Brasil ganhava, após árduos e fervorosos debates, seu primeiro diploma processual civil⁴⁵⁹, conseguido às portas da promulgação da Primeira Constituição Republicana.

A próxima batalha deveria ser travada em duas frentes: criar um sentimento de necessidade de codificação realmente sólida para o direito processual civil e pugnar pela unificação do modelo processual (lembre-se que a Constituição

⁴⁵⁶ Pires, et. al., *Sistema de antecipação de Tutela*, op.cit., p. 21.

⁴⁵⁷ CCom, “Art. 27 - O Governo, além dos Regulamentos e Instruções da sua competência para a boa execução do Código Comercial, é autorizado para, em um Regulamento adequado, determinar a ordem do Juízo no processo comercial; e particularmente para a execução do segundo período do artigo 1º e artigo 8º, tendo em vista as disposições deste Título e as do Código Comercial: e outrossim para estabelecer as regras e formalidades que devem seguir-se nos embargos de bens, e na detenção pessoal do devedor que deixa de pagar dívida comercial.”

⁴⁵⁸ Regulamento 737/185º, “Art. 1º. Todo o Tribunal ou Juiz que conhecer dos negócios e causas comerciais, todo árbitro ou arbitrador, expert ou perito que tiver de decidir sobre objetos, atos, ou obrigações comerciais, é obrigado a fazer aplicação da Legislação Comercial aos casos ocorrentes.”

⁴⁵⁹ “Poucos anos após, surge o famoso Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, destinado a disciplinar tão-só o processo das causas comerciais. Com a República, ele se estendeu às causas civis e foi, assim, o veículo como o direito comum se infiltrou em toda a legislação processual, da fase republicana anterior ao estatuto processual de 1940.”. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V.1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990; p. 54.

de 1891 plantou a semente da descentralização legislativa em matéria de “Justiça estadual” que permitia cada estado-membro instruir seu próprio código de processo).

A Constituição de 1934 resolveu a controvérsia quando determinou a competência privativa da União para legislar sobre o direito processual [civil] – CF/1934, art. 5º, XIX, “a” -; ao mesmo tempo em que consignou no art. 11⁴⁶⁰ do ADCT que a regulamentação dar-se-ia via a instituição de um Projeto de Código de Processo Civil e Comercial, mediante a convocação de uma Comissão formada por três juristas que se responsabilizariam pelo *múnus*⁴⁶¹.

Após algum atraso advindo dos reflexos políticos da Carta Constitucional de 1937, foi publicado o Decreto-lei nº 1.608⁴⁶², de 18 de setembro de 1939, que instituía, com 1.052 artigos, o primeiro Código [real e efetivo] de Processo Civil que fora apelidado de CPC/39.

A vigência do CPC/39 não foi tranqüila... Em verdade, as instabilidades constitucionais (Cartas de 1946, 1967 e a Emenda de 1969), políticas (período da II Guerra Mundial) e sociais (reformulação das relações interpessoais – relações de trabalho e de renda – e a construção do Estado de exceção militar) contribuíram para os embates.

O caminho percorrido foi o da ordem de reforma que pendesse a adequar os institutos *pari pasu* ao *múnus* de construir uma real identidade processual civil brasileira.

Para a consecução da árdua tarefa foi convidado Alfredo Buzaid “que, em janeiro de 1964, apresentou seu anteprojeto precedido de Exposição de Motivos⁴⁶³ que justificava que as novas aspirações não permitiam emendar a norma anterior, senão criar um novo código”⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ CF/1934, ADCT, “Art. 11. “O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.”

⁴⁶¹ A Comissão foi formada por: Levi Carneiro, Artur Ribeiro e Carvalho Mourão.

⁴⁶² O primeiro Código de Processo Civil Brasileiro foi editado sobre a forma de Decreto-Lei conforme comando impositivo insito no art. 180 da CF de 1937 que dispunha: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”, expediente este que legitimou o ato do então Presidente da República Getúlio Vargas.

⁴⁶³ Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, expôs Alfredo Buzaid: “Ao iniciarmos os estudos depararam-se-nos duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. (...) Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de

A aprovação preliminar do texto marcou o início do período de debates e ajustes perante as altas autoridades processuais civis pátrias, sendo certo que, em 17 de janeiro de 1973, deu-se a publicação da Lei nº 5.869 instituidora do “novo” CPC (popularmente conhecido como CPC/73).

Modernamente, o diploma continua em vigor embora tenha sofrido inúmeras reformas de adequação e ajuste às novas realidades sociais.

3.2.C. institutos de raiz

A estrutura processual civil consagrada pela Lei nº 5.869/73 e ratificada, *a posteriori*, pela *praxis* forense, permite asseverar que quatro são os pilares de sustentação: jurisdição, ação, procedimento e processo.

A jurisdição⁴⁶⁵ é mais bem definida como o poder-dever do Estado-juiz aplicado a prática da administração da justiça, em vias de compor os conflitos de interesses, como mecanismo hábil de conservação da paz social construída no sentido de dar a cada um o que é seu.

Para melhor compreensão, diz-se que é um poder-dever, porque ao mesmo tempo em que é outorgada pela Constituição aos órgãos do Poder Judiciário para que digam o Direito; impõe o dever de que seja prestada sempre que requerida pela parte ou pelo interessado⁴⁶⁶.

transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o país; (...) Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas.”. BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Em, Código de Processo Civil. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2004; p. 1/2.

⁴⁶⁴ Pires, et. al., *Sistema de antecipação de Tutela*, op.cit., p. 34.

⁴⁶⁵ Inspiração advinda das palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco: “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve com justiça.”. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1993; p. 113.

Bem como, acresçam-se as lições de Athos Gusmão: “atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto.”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2005; p. 6.

⁴⁶⁶ Jungiram-se, neste pensamento, dois princípios intimamente vinculados à jurisdição: o do juiz natural e o da inafastabilidade da jurisdição.

O primeiro, a reboque do art. 92 da CRFB/1988, indica que somente os órgãos previstos e autorizados pela Constituição – ou seja, aqueles elencados no dispositivo – são admitidos a exercer a jurisdição, porque

O raciocínio é bem lógico quando se invoca a necessidade de se ter um Estado forte, o que significa dizer aquele que atua na sociedade para fazer valer os seus imperativos, aplicando a força física se necessário; uma vez que as rotinas de conflitos sociais devem ser intermediadas para que haja o convívio harmônico. Daí porque a jurisdição pende a resolver os conflitos de interesses: resgatar a força da norma jurídica obrigando ao seu cumprimento, o que se desdobrará na própria pacificação social⁴⁶⁷.

E, ainda, que a finalidade maior da jurisdição é perquirir o ideal de justiça, ou seja, dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*⁴⁶⁸).

Ademais, a boa leitura do art. 1º⁴⁶⁹ do CPC justifica a certeza de que a jurisdição – concebida em boa etimologia: “dizer o direito” – é exclusiva dos juízes de direito⁴⁷⁰ (tomado no sentido amplo de órgão que pode se subsumir ao sentido mais intimista de juízes, desembargadores e ministros)⁴⁷¹.

compõem a organização do Poder Judiciário (observa-se, pois, que os tribunais de exceção – as cortes pós constituídas a ocorrência do fato – são vedados; ex vi, CRFB/88, art. 5º, XXXVII).

O segundo, com fulcro no art. 5º, XXXV da Lei maior, que fomenta a premissa de que nada afastará de apreciação do Poder Judiciário (nem mesmo a lei, a principal fonte do Direito) lesão ou ameaça a Direito. Destarte, nada, nem ninguém pode justificar a negativa na entrega da tutela jurisdicional pugnada (registre-se que nem mesmo as eventuais lacunas ou obscuridades da norma jurídica, fenômenos que autorizam o juiz a se valer das outras fontes do Direito – CPC, “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”).

⁴⁶⁷ As sutis palavras resgatam o dever do Estado de chamar a si a composição dos conflitos de interesses, mormente por ter restringido [*rectius*, regulamentado] os casos de autotutela (imposição da vontade do mais forte ao mais fraco, mediante a força física ou psíquica).

⁴⁶⁸ O brocardo jurídico foi recopilado no Digesto de Justiniano (Dig. 1.1.10 pr.) para compor o sentido de justiça (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*); e, também, integrou a *tria verba* dos preceitos de Direito (*iuris praecepta* – Dig. 1.1.10.1): *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não lesar ninguém), *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

Por óbvio, os limites prático-rationais modernos foram alterados de forma que incumbe à lei, via interpretação, identificar o que “é de cada um”; e, neste parâmetro, impõe-se ao juiz de direito a função de “intérprete autêntico”, no exato momento de aplicar a lei ao caso concreto.

⁴⁶⁹ CPC, “Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.”.

⁴⁷⁰ “O sistema de jurisdição única é aquele que recolheu sua marca inconfundível na separação de poderes, no sentido de que, separadas organicamente as funções estatais, teria de ficar afeto ao Poder Judiciário aquilo que, naturalmente, segundo as condicionantes históricas contemporâneas às grandes e marcantes diretrizes criadoras do Estado moderno, lhe deveria caber. Assim, coube ao Poder Judiciário a função de dizer o direito no processo de conhecimento e, quando necessário, de realizá-lo coativamente (...) De nada adiantaria a simples manifestação do Estado dizendo o direito. É imprescindível que a sua atividade se complete através da efetivação do direito declarado.”. (...)”. ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. V.1. 11 ed. São Paulo: RT, 2007; p. 177.

⁴⁷¹ Registre-se, pela necessidade de retidão científica, que o árbitro também é dotado de jurisdição (talvez melhor adjetivada como anômala) nos limites da arbitragem (*ex vi*, Lei nº 9.301/96, “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”; ratificado no “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”).

Se por um lado, somente os juízes são investidos na jurisdição; por outro, eles só devem prestá-la (exercer efetivamente o poder) quando for pleiteado pela parte ou pelo interessado (CPC, art. 2º⁴⁷²). Eis o fenômeno da inércia inicial da jurisdição.

Pois bem, aceitando-se que a jurisdição é inicialmente inerte e que a forma prevista para sua ruptura é a manifestação formal de vontade pela parte ou pelo interessado (fenômeno conhecido como provocação da jurisdição), prevê o ordenamento processual civil o instituto da ação como o mecanismo hábil, a não só materializar a vontade; mas, principalmente, perseguir em juízo aquilo que é devido.⁴⁷³

Insta destacar que ação e direito de ação são institutos distintos (...)

“Em singelas linhas, pode-se afirmar que a subjetividade do direito de ação se contrapõe a concretude da ação, ou seja, enquanto aquele é medida abstrata que pertence a todos indistintamente podendo ou não ser exercida, este aperfeiçoa uma vontade e denota uma pretensão. O direito de ação pode ser exercido, enquanto que a ação é o direito exercido. (...) A ação como exercício do direito de ação se materializa com a distribuição da petição inicial que, além de romper a inércia inicial da jurisdição, ainda se interrelaciona com a fixação da competência, o início do procedimento e a determinação dos limites do poder de julgar do magistrado.”⁴⁷⁴

Percebe-se, pois, que a prática da ação (asseverada pela distribuição da petição inicial) deflagra o procedimento; e, não, o processo. De pronto se visualiza a proximidade⁴⁷⁵ entre os institutos; merecendo, portanto, as distinções, ao menos sucinta, de que o processo representa a reunião dos atos e procedimentos em vias de que seja prestada a tutela jurisdicional – por isso se diz que o processo é o instrumento da jurisdição; enquanto que o procedimento representa o encaminhamento dos atos processuais.

⁴⁷² CPC, “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”

⁴⁷³ Adequação do princípio romano do *actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur* – da tradução geral: a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido.

⁴⁷⁴ Pires, et. al., *Sistema de Tutela Antecipada*, p. 44.

No mesmo sentido: PIRES, Alex Sander Xavier; OLIVEIRA, Francisco de Assis. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004; p. 21.

⁴⁷⁵ Em muito devido a raiz etimológica do termo latino *procedere*, indicando “prosseguir”, “ir por diante”, “avançar”.

A construção desta distinção passa pela adoção da teoria triangular como justificativa da formação do processo e, especialmente, pelo texto do art. 263 do CPC que faz remissão expressa aos vínculos entre os sujeitos, pelo que se tem: a distribuição da petição inicial vincula o autor e o juiz ao processo; enquanto que a citação válida encerra a tríade com a agregação do réu⁴⁷⁶. Afinal, o processo é um instrumento de três sujeitos: juiz, autor e réu (*actum trium personarum*).

Em síntese: os juízes de direito são investidos da jurisdição que somente será prestada após a provocação mediante o aforamento da ação via distribuição da petição inicial, o que marca o início do procedimento que, evoluindo, após a citação válida dará ensejo à formação técnica do processo.

3.2.D. Tipologia dos processos

O prosseguimento da análise parte da boa identificação do tratamento dispensado ao processo judicial, justamente por ser este o instrumento público em que o Estado-juiz prestará a tutela jurisdicional nos limites do pugnado (renove-se a afirmação de que se trata do instrumento da jurisdição).

Partindo desta visão, o modelo brasileiro admite três tipos de processo⁴⁷⁷ (por abstração direta da primeira parte do art. 270⁴⁷⁸ do CPC): o de conhecimento, o de execução e o cautelar.

⁴⁷⁶ A melhor interpretação a ser dada é a sistemática, em que se soma ao art. 263 (“Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.”), o art. 214 (“Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu”) e o art. 219 (“A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”).

⁴⁷⁷ Embora haja previsão para uma infinidade de procedimentos que são identificados em função da finalidade perquirida e dos atos que se pretende praticar; em outra ocasião (Pires, et. al., *Sistema de Antecipação de Tutela*, pp. 50/54), defendeu-se que deveria haver uma distinção dentre os procedimentos em vias de ratificar a idéia de que não há processo sem procedimento – afinal o processo tem que seguir um caminho.

Por sintética menção, dir-se-ia que existem procedimentos genéricos (aqueles que perpetuam e se misturam com o processo, construindo sua espinha dorsal que denota a própria ideologia do instrumento de fundo) e outros específicos (aqueles que são praticados para resolver uma pendência, um incidente ou, até mesmo, um erro decisório – como os recursos). Para os primeiros, o ordenamento admite oito tipos sempre vinculados ao tipo de processo: especiais (de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária), sumariíssimo, comum (sumário e ordinário), executório – para distinção do cumprimento forçado das decisões interlocutórias - (cumprimento de sentença para os títulos executivos judiciais e execução civil para os títulos executivos extrajudiciais) e o cautelar.

⁴⁷⁸ CPC, “Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV).”.

O processo de conhecimento (regulamentado no Livro I do CPC, do art. 1º ao art. 565) é o instrumento por excelência – na visão simples da sociedade – por melhor apresentar os elementos que compõem a jurisdição. Daí é que este tipo se cinge em permitir, com amplitude, o debate acerca do Direito, o que o faz, ao menos, acabando com as dúvidas acerca da existência ou da inexistência de certas relações jurídicas e da eventual falsidade de documentos (natureza meramente declaratória); impondo ao réu o cumprimento de uma obrigação de pagar quantia certa, fazer, não fazer ou entregar coisa (natureza condenatória); ou, ainda, criando, modificando ou extinguindo as relações jurídicas (natureza constitutiva).

Já o processo de execução⁴⁷⁹ (regulamentado no Livro II do CPC, do art. 566 ao art. 795⁴⁸⁰) atua como instrumento de coerção estatal direta, por se assentar na idéia de que as ordens estatais não satisfeitas espontaneamente serão impelidas ao cumprimento pelas vias do exercício da força (dinâmica da sub-rogação estatal em comunhão com a responsabilidade patrimonial).

Por fim, o processo cautelar foi concebido para servir de garantia do processo principal (entendido como os processos de conhecimento e/ou de execução), haja vista que tem a missão de resguardar o direito em litígio, seja para impedir o seu perecimento, seja para resguardar a situação fática⁴⁸¹ indispensável à segurança do Direito.

⁴⁷⁹ O modelo brasileiro sofreu profundas reformas na estrutura do processo de execução, em que foram mais marcantes as promovidas pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que criou um novo procedimento denominado de “cumprimento de sentença” para regulamentar as execuções fundadas em títulos executivos judiciais; e pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que reformulou o procedimento tradicional fazendo valer a nova execução civil sempre lastreada em títulos executivos extrajudiciais.

⁴⁸⁰ Em se tratando de procedimento vinculado ao “gênero” execução (após a reforma, o cumprimento de sentença passou a ser tratado como procedimento ou módulo processual; e, não mais, processo autônomo), não podemos deixar de mencionar o disposto no art. 475-A ao art. 475-R (incluídos no Livro I) que determina o caminho a ser trilhado pela execução fundada em título executivo judicial.

⁴⁸¹ Idéia construída sob a cominação dos artigos 796 (“O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”), 798 (“Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”) e 799 (“No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.”).

3.3. TEORIA GERAL DOS RECURSOS NO SISTEMA BRASILEIRO

A presente análise se cingirá a apresentação do sistema recursal brasileiro, ainda que de forma sintética e concentrada que permita alocar a uniformização de jurisprudência.

De início, vale a ressalva que o fundamento maior será abstraído da lei processual civil comum (especialmente do Livro I, Título IX, art. 476 ao art. 495 – “Do Processo nos Tribunais” -; e, do Livro I, Título X, art. 496 ao art. 565 – “Dos Recursos”) – sempre sobre as ratificações doutrinárias -, em vias de conservar os princípios metodológicos propostos, ou seja, a observância ao método dedutivo, de sorte que se mantém o caminho da busca do específico, isto é, do estudo da uniformização da jurisprudência.

3.3.A. Diretriz básica: lesividade da resolução judicial⁴⁸²

“Requisito primordial e básico, inarredável e imperativo, em todo recurso, é a lesividade, para o recorrente, da sentença ou decisão proferida no juízo *a quo*. Sem prejuízo ou gravame a direito da parte, não pode esta recorrer. O gravame (ou o ‘dano provindo da decisão desfavorável’) coloca a parte em situação de derrota no litígio, ou no processo, o que constitui a sucumbência, a qual pode ser conceituada como a situação criada por um julgamento em antagonismo com o que pediu o litigante.”⁴⁸³

As palavras de Frederico Marques introduzem muito bem a intenção legislativa que se inspirou no risco que as partes estariam expostas no curso da demanda por força das decisões judiciais, cuja conseqüência foi a adoção dos recursos – e, também, certos meios de impugnação que serão tratados adiante -, em

⁴⁸² A construção deste fundamento parece reproduzir com maior precisão a intenção legislativa e, sem dúvida, justifica as vias recursais. No entanto, não se poderia omitir o pensamento de Moacyr Amaral Santos que inicia sua construção jurídica, na mão oposta, uma vez que entrega à falibilidade dos juízes a razão de ser do sistema recursal brasileiro: “Considerando a posição do juiz na relação processual, de sujeito imparcial, não seria ilogismo conferir-se às suas decisões o caráter de irrevogáveis. Proferidas e publicadas, poderiam ser imutáveis. Mas os juízes são criaturas humanas e, portanto, falíveis, suscetíveis de erros e injunções, razão bastante para os ordenamentos processuais de todos os povos, com o propósito de assegurar justiça o quanto possível perfeita, propiciarem a possibilidade de reexame e reforma de suas decisões por outros juízes, ou mesmo pelos próprios juízes que as proferiram. Com esse intuito se instruíram meios de impugnação das decisões, atribuídos ao vencido, que é o interessado na sua reforma, por injustas ou ilegais.”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. V.3. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 82.

⁴⁸³ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V.3. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1987; p. 114.

vias de que as situações de atentado contra o bom Direito contidas nos atos dos juízes fossem diminuídas, ou, até mesmo, eliminadas; o que permitiria a estabilidade do sistema judicial.

Este tipo de argumento não é novo, haja vista que o Direito Processual Civil anterior já identificava a lesividade da resolução como elemento cabal para motivar a necessidade dos meios de reexame com ênfase nos recursos. A assertiva era tão evidente que Pontes de Miranda alçava o fenômeno a condição de princípio:

“à interponibilidade dos recursos preside o princípio da lesividade da resolução, ainda que se trate de lesividade por se não ter concedido tudo que se pediu fosse reconhecido pela instância do recurso. O mais importante problema técnico de legislação é o de dosar-se a lesividade suficiente, mas esse é o problema da distinção entre a resolução judicial recorrível e a resolução irreccorrível.”⁴⁸⁴.

A convicção foi tamanha que cuidou de reproduzir o mesmo sentimento em suas abstrações⁴⁸⁵ sobre a dinâmica do CPC/1973, cuja percepção, atualizada para os dias atuais, se ajusta plenamente ao equilíbrio entre o ato do juiz e o sentimento da parte (vontade de recorrer); entre a resolução judicial e a sensação de injustiça.

Tais convicções, no entanto, merecem enfrentamento cauteloso: se, por um lado, a insatisfação com o que lhe é desfavorável representa uma característica do ser humano⁴⁸⁶; por outro, esta insatisfação deve ser sopesada pelas vias judiciárias para que não constitua efetivo caso de injustiça (a ocorrência dos erros de forma ou de direito), tampouco situação de locupletamento indevido e pessoal.

Diante destas situações, fica mais fácil a compreensão da construção hierárquico-normativa sobre os atos do juiz de direito de onde surgirão

⁴⁸⁴ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil [1939]*. Tomo XI. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960; p. 7.

⁴⁸⁵ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*. Tomo VII. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975; p. 8.

⁴⁸⁶ “(...) Na verdade, é intuitiva a inconformação de qualquer de qualquer pessoa diante do primeiro juízo ou parecer que lhe é dado. Naturalmente, busca-se uma segunda ou terceira opinião.”. Theodoro Junior, op.cit., v. I., p. 607.

Registre-se o mesmo argumento: “O inconformismo com a decisão única é manifestação comum do ser humano, por mais justa que se possa apresentar.”. FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. 11 ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2006; p. 637.

as resoluções, bem como a identificação do recurso aplicável à espécie. Eis a convergência entre a vontade de recorrer e o ato do juiz.

Por esta ótica, determina o art. 162 do CPC que, no curso do processo, o juiz atua apenas por três atos⁴⁸⁷: os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças; e, se for aplicada a razão anterior, dentre as situações autorizadas, somente os despachos não tem conteúdo decisório⁴⁸⁸, portanto não causam prejuízos (não há lesividade) às partes, de sorte que não deveria ser admitida a interposição de qualquer recurso. Eis a adoção legislativa da *ratio* contida no art. 504: “Dos despachos não cabe recurso.”.

Perquirindo o mesmo raciocínio, as decisões interlocutórias e as sentenças trazem, em si, a potencial lesividade, seja pela resolução de questão processual pendente (para as primeiras), seja pelo encerramento do ofício jurisdicional (poder de julgar) para o juiz quando profere decisão - que resolva (CPC, art. 269) ou não (CPC, art. 267) o mérito da causa (para as segundas). Por isso, o ordenamento processual autoriza a interposição dos recursos, em que ganham destaque, pela importância e incidência, os agravos (CPC, art. 522⁴⁸⁹) e as apelações (CPC, art. 513⁴⁹⁰).

Em tom final, dir-se-ia que a estrutura recursal brasileira se assenta no interesse em permitir o reexame das decisões judiciais, partindo do critério do risco de lesão (lesividade) que pode pairar sobre os atos do juiz.

3.3.B. Duplo grau de jurisdição

Se o ordenamento processual interno brasileiro determina a lesividade da decisão como diretriz básica para justificação da estrutura normativa;

⁴⁸⁷ Na visão do art. 163 do CPC, estes atos recebem a denominação de acórdão; já que, a finalidade e a prática, dos tribunais superiores desafiam a uma prestação jurisdicional diferente pela ótica da cognose, mas de similar força e conteúdo para a escrituração do processo. Assim, os tribunais também atuam proferindo resoluções similares aos despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças que recebem a denominação de acórdão.

⁴⁸⁸ A afirmação somente poderá ser considerada verdadeira se for enfrentado o ato do juiz pela sua natureza; e, não, pelo seu nome. Por certo, deve-se analisar o ato em si para perquirir-lhe a essência, ou seja, a ordem do juiz de direito que manda citar o réu em despacho liminar de conteúdo positivo é despacho, já o “despacho saneador” (CPC, art. 331, §2º) - embora denominado “despacho” - tem conteúdo decisório, uma vez que decide sobre as provas a serem produzidas - além das questões pendentes - sendo, portanto, decisão interlocutória.

⁴⁸⁹ CPC, “Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.”

⁴⁹⁰ CPC, “Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).”.

não se pode renegar que a este fenômeno deve se acrescentar a falibilidade humana e o direito da parte de perquirir o ideal de justiça. Eis os três argumentos que justificam o espírito do duplo grau de jurisdição: “(...) consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes ‘como garantia da boa solução’.”⁴⁹¹.

Em regressão fática, o modelo brasileiro, nas lembranças de Amaral Santos⁴⁹² e Pontes de Miranda⁴⁹³, encontra seu berço nos ideais da Revolução Francesa que, encerrando o sistema impositivo da instância única (típico da centralização política), legou ao povo, por meio da instituição dos órgãos componentes do Poder Judiciário, o direito de submissão da decisão ao reexame por outros juízes de hierarquia superior.

Pelo critério ideológico, surgem duas premissas que reforçam a pertinência do duplo grau de jurisdição: a um, que os próprios juízes são mais zelosos ao proferirem suas decisões, uma vez que estas, pela lesividade, poderão ser submetidas aos órgãos hierarquicamente superiores autorizados pelo sistema recursal⁴⁹⁴; e, a dois, que independentemente do resultado no julgamento do recurso, a parte vencida pende a aceitar mais facilmente o *decisum* pelo simples fato de ter sido objeto de, ao menos, duas análises⁴⁹⁵ (exame – órgão prolator, em regra monocrático -; e, reexame – órgão revisor, geralmente colegiado).

Para efeito interno de Brasil, dir-se-ia que a adoção do duplo grau de jurisdição autoriza a organização judiciária pautada em pluralidade de órgãos que se alojam em observância aos rigores da boa prestação jurisdicional que passa pela permissibilidade⁴⁹⁶ de reexame das decisões inferiores por órgãos hierarquicamente superiores.

Em face desta constatação, Greco Filho lembra que:

⁴⁹¹ Theodoro Junior, op.cit., v. I., p. 614.

⁴⁹² Santos, op.cit., v. 3, p. 85.

⁴⁹³ Miranda, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, v. VII, p. 19.

⁴⁹⁴ “(...) A possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo e aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura. O órgão de grau superior, pela sua maior experiência, acha-se mais habilitado para reexaminar a causa e apreciar a sentença anterior, a qual, por sua vez, funciona como elemento e freio à nova decisão que se vier a proferir.” Santos, op.cit., v. 3, p. 86.

⁴⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. V.5. Rio de Janeiro: Forense, 1981; p. 271.

⁴⁹⁶ Utilizou-se o vocábulo para não encerrar o tema, uma vez que, ao lado do sistema de hierarquias entre os órgãos, caminham as exceções como é o caso dos embargos de declaração que, embora de natureza recursal, tem seu julgamento atrelado ao próprio órgão que proferiu a sentença pendente de esclarecimento ou de integração.

“(...) A existência de um sistema recursal adequado atende ao princípio da pluralidade dos graus de jurisdição e aos ideais de justiça. (...) Os vários graus de jurisdição existem não apenas porque os superiores têm mais conhecimento ou sabedoria, pois, se assim fosse, as ações deveriam ser julgadas todas diretamente por eles, mas porque, em cada grau, o órgão jurisdicional vê o caso concreto de maneira própria: o primeiro, mais próximo ao fato, pode apreciar todos os seus pormenores, inclusive os fatores de difícil transcrição (...) o segundo grau, exatamente porque está mais distante dos fatos, pode ter uma visão mais adequada do contexto dos acontecimentos e de interpretação do direito.”⁴⁹⁷.

3.3.C. Etimologia e conceito de recurso

Grosso modo, a raiz etimológica do vocábulo recurso retroage ao verbo latino *recursare* que impõe a idéia de “‘correr para trás’ ou ‘correr para o lugar de onde se veio’”⁴⁹⁸. Destarte, concebe-se o instituto como o meio hábil, partindo da decisão do juiz que gerou o prejuízo, de reapreciar – reexaminar - a legalidade e/ou certeza do ato.

Observa-se, pois, que os recursos são tomados no transcórrer de um processo (ou, ao menos – se ainda não tiver sido instaurado -, de um procedimento), uma vez que exigem um ato do juiz para que possam nascer juridicamente, isto é, ser interpostos (aposto no sentido de manifestação clara de vontade do recorrente em requerer uma nova decisão). Assim, geram um novo procedimento, dentro de outro preteritamente instituído.

Nestes termos, consignou (pelo viés da finalidade do recurso) Barbosa Moreira que “(...) pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”⁴⁹⁹.

Por outras vias (apegando-se ao órgão judicante), expõe Amaral Santos que “recurso é, pois, o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela

⁴⁹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. V.2. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 295.

⁴⁹⁸ PIRES, Alex Sander Xavier; OLIVEIRA, Francisco de Assis. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004; p. 3.

⁴⁹⁹ Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 265.

mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação.”⁵⁰⁰.

Por fim, traz-se a colação o pensamento de Pontes de Miranda (construído sob a ótica do principal efeito da interposição do recurso que é o impedimento do trânsito em julgado da decisão combatida):

“(…) Em sentido lato, recorrer significa comunicar vontade de que o feito, ou parte do feito, continue conhecido, não se tendo, portanto, como definitiva a cognição incompleta, ou completa que se operara. Não supõe devolução necessária à superior instância. Há recursos no mesmo plano funcional da organização judiciária.”⁵⁰¹.

3.3.D. Recursos admitidos⁵⁰²

Em ilação ao art. 496 da norma processual civil, mormente pela imperatividade que repousa nas entrelinhas do verbo “ser”⁵⁰³ que lhe outorga a força da taxatividade⁵⁰⁴, há que se entender que o modelo brasileiro somente reconhece como cabíveis os seguintes recursos: a) apelação (CPC, art. 496, I c/c art. 513 ao art. 521); b) agravos – em suas várias modalidades⁵⁰⁵ (CPC, art. 496, II c/c art. 522 ao art. 529⁵⁰⁶); c) embargos infringentes (CPC, art. 496, III c/c art. 530 ao art. 534); d) embargos de declaração (CPC, art. 496, IV c/c art. 535 ao art. 538); e) recurso ordinário (CPC, art. 496, V c/c art. 539 e art. 540; CRFB/1988, art. 102, II e art. 105, II); f) recurso especial (CPC, art. 496, VI c/c art. 541 ao art. 546; CRFB/1988, art. 105, III); g) recurso extraordinário (CPC, art. 496, VII c/c art. 541 ao art. 546;

⁵⁰⁰ Santos, op.cit., v. 3, p. 84.

⁵⁰¹ Miranda, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, v. VII, p. 4.

⁵⁰² Adotou-se o caminho mais tranquilo que também é o menos polêmico, o que se fez com apego às clássicas lições de Amaral Santos (Santos, op.cit., v. 3, p. 102) e Pontes de Miranda – “Há o sentido técnico, exato, de recurso, e o sentido vulgar que junta nos mesmos conceitos diferentes impugnativas de que se podem servir as partes ou terceiros para atacar as resoluções dos juizes ou de outras figuras auxiliares. O Código empregou a palavra ‘recurso’ em sentido menos largo, que é o sentido técnico, e não o popular. Os embargos de declaração, acertadamente estão incluídos.”. Miranda, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, v. VII, p. 34.

⁵⁰³ CPC, “Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos.”

⁵⁰⁴ Poder-se-ia acrescer o brocardo latino do *in claris cessat interpretatio*.

⁵⁰⁵ Em regra, três são as espécies de agravo, a saber: retido nos autos do processo, de instrumento e interno (ou inominado) – embora seleta doutrina construa sobre o “agravo regimental” uma quarta possibilidade (discussão que pertence a outro estudo).

⁵⁰⁶ Pendeu-se ao critério linear adotado pelo CPC. No entanto, merece destacar que outros dispositivos engrossam a lista (por exemplo, o agravo de instrumento em recurso especial ou em recurso extraordinário do art. 544 do CPC).

CRFB/1988, art. 102, III); h) embargos de divergência em recurso especial ou em recurso extraordinário (CPC, art. 496, VIII c/c art. 546).

3.3.E. Classificação

A questão da classificação dos recursos no modelo brasileiro, além de doutrinariamente controvertida, é de pouca ou nenhuma serventia⁵⁰⁷. Ainda assim, preferiu-se destacar os três critérios⁵⁰⁸ mais usuais, que são: a) quanto à fonte legal; b) quanto à sucumbência; e, c) quanto à extensão.

Quando se fala em fonte legal – cuja inspiração advém do texto da parte final do art. 467⁵⁰⁹ do CPC –, necessariamente se retroage à natureza da norma jurídica que deu origem ao recurso, de sorte que se foi criado pela Constituição Federal, será considerado extraordinário; ao passo que se foi concebido pela lei processual civil comum, diz-se ordinário⁵¹⁰.

Por este critério, admite-se como “extraordinário”⁵¹¹ os recursos: extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (CRFB/88, art. 102, III), o especial para o Superior Tribunal de Justiça (CRFB/88, art. 105, III) e os ordinários para o Supremo Tribunal Federal (CRFB/88, art. 102, II, “a”) ou para o Superior Tribunal de Justiça (CRFB/88, art. 105, II, “b” e “c”); enquanto que seriam “ordinários” os demais institutos elencados no art. 496 do CPC, tais como: apelação, agravos e embargos (infringentes, de declaração e de divergência para as Cortes de Brasília).

Quanto à sucumbência, os recursos se subdividem em: comuns (“aquele em que a sucumbência constitui condição suficiente para ser pedido novo

⁵⁰⁷ Santos, op.cit., v. 3, p. 105.

⁵⁰⁸ Aceitou-se, aqui, a estrutura proposta por Moacyr Amaral, por mais usual e adequada a intenção de fundo que não é outra, senão a de apresentar o ambiente propício para o estudo do instituto da uniformização de jurisprudência. Sobre o critério, veja-se: Santos, op.cit., v. 3, p. 105, nota 2.

⁵⁰⁹ CPC, “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”.

⁵¹⁰ Pendeu-se, novamente, ao didatismo e maior serventia da proposta de Amaral Santos (Santos, op.cit., v. 3, p. 105, nota 3).

⁵¹¹ Percebe-se que, sob o critério da fonte legal denominado de “recurso extraordinário”, há um recurso específico dedicado ao STF também denominado de “recurso extraordinário”, de modo que Alexandre Câmara propõe o tratamento diferenciado para que o critério passe a se subdividir em ordinário e excepcional (em substituição ao termo extraordinário).

Prosseguindo sua visão e estendendo a crítica tecida por Barbosa Moreira, o jurista propõe uma definição distinta que se assenta na idéia de que: “(...) considera ordinários aqueles cuja interposição obsta a formação da coisa julgada, e extraordinários os que não servem de obstáculo à formação daquela situação jurídica mas, ao contrário, a pressupõem, só sendo interponíveis depois de transita em julgado a decisão.”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16 ed. V.2. Rio de Janeiro: Lúmen Jûris, 2008; p. 54.

juízo. Desde, é claro, que se atenda em cada caso, aos procedimentos para que o recurso possa tramitar.⁵¹²) e em especiais (“aquele em que o direito de recorrer provém da sucumbência e de um *plus* que a norma processual exige, como pressuposto indeclinável do reexame do julgamento ou da decisão.”⁵¹³).

Por fim, os recursos são classificados, quanto à extensão, nos limites previstos pelo art. 505 do CPC, em que se lê: “A sentença pode ser impugnada no todo ou em parte”.

Em abstração e considerando que o vocábulo “sentença” assume a acepção de resolução judicial – portanto, referendada a própria sentença, mas, também, às decisões interlocutórias e aos acórdãos -, diz-se que o recurso é total, quando interponíveis contra todo o conteúdo passível de impugnação; e, parcial, quando atinge parte do ato.

3.3.F. Recurso, remédio e meios de impugnação

O conceito de recurso impôs a abordagem da etimologia que, por um único viés, indicaria o sentido de insurgir-se, a parte, contra uma decisão judicial (tomada no sentido de potencial lesividade), uma vez que incidiria sobre a idéia de partir do ato para trás, perquirindo-lhe a segurança jurídica.

Por ora, vale a menção que a palavra recurso é usada, no direito interno, para indicar inúmeros fenômenos processuais⁵¹⁴, tais como o recurso para defesa plena (no sentido de contestação), recurso para a defesa dos direitos (as ações em sentido amplo), recurso de rediscussão da sentença de mérito transitada em julgado (ação rescisória), recurso para satisfazer as obrigações inadimplidas (execução civil) e, por óbvio, o recurso para reexame de resoluções judiciais que trouxeram prejuízos potenciais para o recorrente⁵¹⁵.

Claro que estas acepções indicam a utilização do termo em seu sentido ordinário (quase coloquial); e, não, com técnica jurídica. Eis o fundamento para a questão: como caracterizar o recurso em sua acepção técnica?

⁵¹² Marques, *op.cit.*, v. 3, p. 116.

⁵¹³ Marques, *op.cit.*, v. 3, p. 117.

⁵¹⁴ Pelo que se traz, desde logo, à colação a ressalva de Pontes de Miranda: “É de suma importância não se considerar recurso ‘qualquer’ meio de impugnação das resoluções judiciais. Há mais meios de impugnação do que recursos, posto que todo recurso seja meio de impugnação.” Miranda, *op.cit.*, *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, p. 7.

⁵¹⁵ Theodoro Junior, *op.cit.*, v.1, p. 606.

A resposta incide sobre a plena compreensão entre os remédios, os recursos e as medidas de impugnação (tratadas já no sentido mais específico de ações impugnativas autônomas).

Nas lições de Greco Filho, “o recurso é um remédio”⁵¹⁶, em que este é tomado no sentido Carnellutiano de instituto processual hábil a corrigir um desvio jurídico⁵¹⁷.

Com base nesta sutil afirmativa, constrói-se a idéia de que passam os remédios (reconhecidos como meios de impugnação) a assumir a condição de gênero que se subdivide em duas classes: os recursos em sentido estrito e as ações impugnativas autônomas⁵¹⁸. Bem esclarece Barbosa Moreira:

“Os meios de impugnação dividem-se, pois, em duas grandes classes: a dos recursos – assim chamados os que se podem exercitar dentro do processo em que surgiu a decisão impugnada – e o das ações impugnativas autônomas, cujo exercício, em regra, pressupõe a irrecorribilidade da decisão. No direito brasileiro, protótipo da segunda classe é a ação rescisória, eventualmente cabível para impugnar sentenças (de mérito) já transitadas em julgado (...)”⁵¹⁹.

3.3.G. A uniformização de jurisprudência como incidente

Pois bem, amadurecido o estudo sobre o sistema recursal brasileiro que permite a certeza de que somente são tratados como recursos (em sentido próprio de instituto processual destinado a parte prejudicada, em vias de permitir o reexame da decisão judicial que traga potencial lesividade, buscando-lhe a reforma, a invalidação, o esclarecimento e a integração do julgado, dentro do processo – ou,

⁵¹⁶ No mesmo sentido: Câmara, op. cit., v.2, p. 49.

⁵¹⁷ Greco Filho, op.cit., v.2, p. 293.

⁵¹⁸ No mesmo sentido: “É tradicional a distribuição dos remédios utilizáveis contra as decisões judiciais em duas classes fundamentais: a dos recursos e a das ações autônomas de impugnação. Como traço distintivo entre elas, costuma apontar-se a circunstância de que os remédios da segunda classe se dirigem contra decisões já transitadas em julgado, ao passo que os da primeira são exercitáveis, precisamente, antes de formada a *res judicata*, com o efeito precípua de impedi-la.”. Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 261.

⁵¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007; p. 114.

Por vias transversas, mas convergindo para o mesmo destino, leciona Marques, op.cit., v.3, p. 117 : “enquanto o recurso constitui um procedimento que amplia a relação processual em curso, sem que se instaure, os remédios não recursais contra sentenças, acórdãos ou decisões, caracterizados estão como ações em que o pedido de tutela jurisdicional tem por objeto algum daqueles atos decisórios ou julgamentos.”.

ao menos, do procedimento tendente a constituir o processo), os institutos elencados no art. 496 do CPC (norma determinada como imperativa), como se deve entender a uniformização de jurisprudência?

De início, vale a ressalva de que a resposta somente pode ser legada, quando se assume que a estrutura recursal, sob análise, é construída por premissas advindas do Título X, cuja base foi iniciada no Título IX, ambos responsáveis pelo encerramento do Livro I do CPC.

Destarte, tem-se que, além dos recursos em espécie (Título X), o processo nos tribunais também prevê a permissibilidade de utilização de outros institutos que, embora não sejam recursos, tem tratamento anômalo, trâmite perante os tribunais e importância de integração para efeitos de efetividade da justiça.

Insta destacar que pertencem a esta classe: a uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476 ao art. 479), a declaração de inconstitucionalidade (CPC, art. 480 ao art. 482), a homologação de sentença estrangeira (CPC, art. 483 e art. 484), a ação rescisória (CPC, art. 485 ao art. 495) e, por afeição aos critérios de definição, o reexame obrigatório (CPC, art. 475).

De todos os institutos, o que interessa para a presente análise é a uniformização de jurisprudência, uma vez que é a responsável pelo trâmite de pacificação dos pensamentos nos tribunais em vias de resolver as divergências de interpretação.

Neste momento, vale a afirmação de que a uniformização não é um recurso – embora tenha seu caminho que ser percorrido perante os tribunais e tenha reflexo direto nas decisões a que aderir –, tampouco uma ação – é tomado no curso de um processo com o fito específico de encerrar a dúvida sobre a boa interpretação a ser aplicada no caso concreto. Trata-se, pois, de um “incidente suscetível de ocorrer em julgamento de tribunal”, que, portanto, desafia maior cuidado na análise⁵²⁰.

3.4. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Encerrou-se o item anterior com a idéia de que a uniformização de jurisprudência, embora tramite perante os tribunais e tenha reflexo direto no

⁵²⁰ Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 13.

juízo de recursos por acabar com a dúvida acerca da boa interpretação a ser dada a norma jurídica nos limites do caso concreto, não tem a natureza de recurso em sentido estrito; senão de incidente.

Agora, tratar-se-á de convergir o estudo perquirindo-lhe a origem.

3.4.A. Escorço sobre a origem

A uniformização de jurisprudência é um instituto que vem amadurecendo *pari pasu* com o ordenamento processual civil brasileiro, haja vista que sua essência foi apresentada já nas Ordenações do Reino; e, nestas, especificamente, a Manuelina que regulamentou a matéria, no Livro V, Título 58, §1º, sob a denominação de “assentos”, que “eram prejulgamentos, no sentido de decisões que não julgavam *in casu*, e apenas fixavam a inteligência das leis”⁵²¹. Destaque-se o texto:

“E assim havemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d’algum feito, todos ou algum deles tiverem alguma dúvida em alguma nossa Ordenança do entendimento dela, vão com a dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa Grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bem de no-lo fazer saber, para nós logo determinarmos, no-lo fará saber, para nós nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenança, sem irem ao Regedor como dito, serão suspenso até nossa mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenança se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida.”⁵²².

A sucessão da Ordenação Manuelina em favor da Filipina conservou a figura do assento, agora no Livro I, Título V, §5º, consignando o seguinte texto:

“E havemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos ou algum deles tiverem alguma dúvida em alguma nossa

⁵²¹ Miranda, op. cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1939]*, v. XII, p. 85.

⁵²² Da adequação pessoal para a grafia da língua portuguesa atual do texto oficial publicado em 1787 pela Real Imprensa da Universidade de Coimbra.

Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao Regedor; o qual na Mesa Grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livro da relação, para depois não vir em dúvida. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça, que é bem de no-lo fazer saber, para nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor, serão suspenso até nossa mercê.”⁵²³.

Inúmeras reformas sucederam o texto específico, algumas tomadas ainda na condição de colônia (o Decreto de 04 de fevereiro de 1684⁵²⁴ e a Lei de 18 de Agosto de 1769⁵²⁵), outras já no Império (Decreto nº 2.684 de 1875⁵²⁶ e Decreto nº 6.142/1876⁵²⁷); até que, com a República, o tema foi revisto e alterado profundamente, uma vez que o CPC/1939 marcou a substituição dos assentos, pelos prejulgados (enquanto manifesta produção da uniformização dos pensamentos que era a finalidade almejada do recurso de revista em seara cível, nos termos do revogado art. 853), como consta do art. 861:

“A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a

⁵²³ Da adequação pessoal para a grafia da língua portuguesa atual do texto oficial do século XIX.

Fonte: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.* 14 ed. Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático, 1870; p. 18.

⁵²⁴ “Mandei ver com toda a circunspeção o que me representou o Doutor João Vamvessem, sobre um Assento, que um processo de partilhas em partes, (...) e porque não convém, que os Assentos da Relação, nos feitos e matérias que lhe tocam, se alterem, senão quando em algum caso houvesse neles injustiça tão notória, que, sem grande dano e ofensa da razão, se não pudessem guardar; e se tem por matéria sem dúvida, que este Assento se tornou na verdade, e conforme à razão e justiça: hei por bem, que se cumpra. (...)”. ANDRADE E SILVA, José Justino. *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa Compilada e Anotada.* Lisboa: Imprensa de J.J.A. Silva, 1854; p. 43.

⁵²⁵ “(...) E atendendo a ser manifesta a diferença que há entre as sobreditas Relações subalternas e a Suprema Relação da minha Corte; a qual antes pela pessoal Presidência dos Senhores Reis meus Predecessores; e depois pela proximidade do Trono, e facilidade de recorrer a ela; pela autoridade do seu Regedor, e pela maior graduação, e experiência dos seus doutos, e provecos Ministros; não só mereço a justa confiança, que dele afizeram sempre os ditos Senhores Reis meus Predecessores (...) para a interpretação das leis; mas também constitui ao mesmo tempo nos Assentos, que nela se tomam sobre esta importante matéria toda quanta certeza pode caber na providência humana para tranqüilizar a minha Real consciência, e a justiça dos litigantes sobre os meus legítimos direitos. (...)”. Extratos do §8º da Lei de 18 de Agosto de 1769, com as adequações já divagadas. Almeida, op.cit., p. 727.

⁵²⁶ “Art. 1º. “Os assentos tomados na Casa da Suplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independência, á exceção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Império. (...) As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos.”

⁵²⁷ “Art. 3º. “Os assentos tomados não prejudicarão os casos julgados contra ou conforme a doutrina que estabelecerem”

interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turma”.

Por certo, “(...) o prejudgado representava uma consulta prévia sobre o entendimento de determinada norma jurídica a ser aplicada no caso concreto por inteligência judicante de tribunal superior indicado nas normas regimentais (...)”⁵²⁸.

O caminho natural, após os debates que se cingiram a reforma processual culminada com o CPC/73, foi a substituição dos prejudgados pela uniformização de jurisprudência que passou a integrar a parte referendada ao “Processo nos Tribunais” (CPC, art. 476 ao art. 479), isto no Livro I dedicado ao “Processo de Conhecimento”.

3.4.B. Essência

A uniformização de jurisprudência responde, no ordenamento interno brasileiro, pelo afastamento – ou, ao menos, diminuição – das divergências que possam surgir da interpretação da norma jurídica nos limites do caso concreto.

O risco surge do princípio de que o juiz deve aplicar a lei ao caso concreto e o fará mediante o exercício das técnicas de interpretação (tida por autêntica por ser a única que produzirá efeitos jurídicos diretos) orientadas pela hermenêutica⁵²⁹. Daí porque se diz que a interpretação dá vida à lei!

Ocorre que, tomando-se por critério a autonomia do juiz em apreciar os fatos sobre os quais incidem as provas, nos limites do pedido e sob os auspícios da lei; nem sempre há segurança, haja vista que, no sentido integrativo (comparação com situações parecidas), podem haver conflitos entre os provimentos; e, isto, o Direito [como ciência] não pode pactuar: interpretações diferentes da mesma norma jurídica em situações fáticas assemelhadas⁵³⁰.

Esta consideração cria um desequilíbrio institucional (pautado na insegurança⁵³¹), uma vez que a sentença tem força de lei para as partes nos limites

⁵²⁸ PIRES, Alex Sander Xavier. *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*. Rio de Janeiro: S/ed., 2009; p. 177.

⁵²⁹ Optou-se pela adoção do princípio romano da *iura novit curia*, tomado no sentido de que a principal fonte do Direito é a lei e, melhor, que o juiz a conhece (como consagrado nos textos do art. 126, primeira parte e art. 127).

⁵³⁰ “No direito brasileiro, a jurisprudência (...) Pretende alcançar o ideal de justiça igual para todos os casos que igualmente se subsumem à mesma norma legal. (...)”. Greco Filho, op.cit., v.2, p. 389.

⁵³¹ “A aplicação não uniforme do Direito objetivo pelos Tribunais cria a insegurança e leva a incerteza aos negócios jurídicos, razão pela qual sempre se tem procurado, na regulamentação processual dos recursos,

da resolução da lide (CPC, art. 468), de sorte que não pode uma lei conter dois comandos distintos sobre a mesma base jurídica, situação esta nascida da dissidência de interpretações⁵³².

Pontes de Miranda considerou a situação como sendo de necessidade social que as sentenças – e outras decisões – deveriam ter conteúdo uniforme, alegando que:

“Se alguma sentença ou outra decisão, que se não haja considerar sentença, diverge de outra, em qualquer elemento contencioso relativo à incidência ou à aplicação de regra jurídica, uma delas é injusta, porque se disse *a* no tocante a uma das demandas e *b*, talvez mesmo *não-a*, a propósito da *quaestio iuris*. Tem-se de evitar isso, e aí está a razão de algumas medidas constitucionais ou de direito processual que têm por fito corrigir ou evitar a contradição na jurisprudência. (...)”⁵³³.

3.4.C. Natureza e cabimento

Na atual estrutura processual civil brasileira, a uniformização de jurisprudência é tratada como incidente tomado nos tribunais (como se determinou alhures); e, não, como pode parecer, na qualidade de recurso⁵³⁴.

Corroboram esta afirmação os critérios de cabimento do incidente que admitem a materialização em grau de recurso; mas, também, para as causas de

estabelecer, através de vias incidentais ou de remédios recursais específicos, a unidade da jurisprudência.”. Marques, op.cit., v.3, p. 207.

⁵³² Como exemplo: há que se imaginarem duas demandas que se assente sobre o mesmo fato (o índice de reajuste da aposentadoria), em que os autores (beneficiários da Seguridade Social) pedem a equiparação entre os ativos e os inativos, isto é, que seja aplicado um percentual (hipotético) de dez por cento sobre a base (que é o índice oficial do governo para os ativos) em substituição aos dois por cento concedidos.

Por ocasião da sentença, um juiz reconhece a legitimidade do pleito (procedência) por entender que prevalece o princípio constitucional da isonomia, mandando equiparar o provento (o reajuste passa de 2% para 10%); enquanto que o outro juiz entende que se trata de independência funcional do executivo cuidar das políticas públicas (dentre as quais incide as regras econômicas), de sorte que pode haver o tratamento diferenciado, cujo resultado (improcedência) foi a conservação do índice em 2%.

Observe-se, pois, que uma mesma situação jurídica gerou dois comandos legais diametralmente opostos. Eis o principal fundamento para a caracterização da instabilidade.

⁵³³ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*. Tomo VI. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975; p. 3.

⁵³⁴ Consigne-se o pensamento de Pontes de Miranda que via na uniformização de jurisprudência (qual pese seu tratamento pessoal ainda como prejudgado) a natureza de recurso quando fosse instaurada neste ambiente, ou seja, “o prejudgado só é recurso se está dentro de recurso.” Miranda, op. cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, Tomo VI, p. 26.

competência originária dos tribunais e naquelas em que se exige o duplo grau de jurisdição obrigatório (nos limites do art. 475 do CPC).

A síntese recai sobre a idéia de que o tribunal deve solicitar um pronunciamento prévio acerca da boa interpretação da norma jurídica vinculada a *quaestio iuris*, em vias de pacificar os entendimentos e, assim, possa cumprir seu papel de administrador da justiça.

3.4.D. Conceito e finalidade

A uniformização de jurisprudência pode ser conceituada como o incidente tomado nos tribunais, em grau de recurso, em causas de competência originária e nos de duplo grau de jurisdição obrigatório, em vias de se pacificar a interpretação da lei em função de determinada *quaestio iuris*.

Para Alexandre Câmara, em outra visão:

“Consiste a uniformização de jurisprudência num incidente processual, através do qual suspende-se um julgamento no tribunal, a fim de que seja apreciado, em tese, o direito aplicável à hipótese concreta, determinando-se a correta interpretação da norma jurídica que incide, ficando assim aquele julgamento vinculado a esta determinação.”⁵³⁵

Tem-se, portanto, num caso e noutro, que a finalidade maior do instituto é o de prover a unidade interpretativa do ordenamento jurídico, acabando, por conseguinte, com os desvios na aplicação da lei por divergência de interpretação, em sede de tribunais⁵³⁶.

⁵³⁵ Câmara, op.cit., v. 2, p. 43.

⁵³⁶ Para Câmara, op.cit., v.2., p. 43, nota 2: “(...) trata-se de instituto destinado a diminuir os efeitos maléficos das divergências jurisprudenciais, fazendo com que num determinado tribunal se adote sempre uma mesma interpretação da lei.”

3.4.E. Pressupostos

Os pressupostos que autorizam a uniformização de jurisprudência devem ser abstraídos do art. 476 da norma processual civil, e são⁵³⁷: a) julgamento em trâmite perante o tribunal; e, b) constatação da divergência.

O primeiro deriva da própria lógica, uma vez que, em sendo a uniformização de jurisprudência um incidente, por óbvio deve ocorrer em feitos que estejam tramitando perante o tribunal. Mas, quais seriam os limites?

De início, destaca-se que somente terá cabimento em três situações: em grau de recurso, por força de ação de competência originária e nas hipóteses de duplo grau de jurisdição obrigatório⁵³⁸. Portanto, não é qualquer procedimento que desafia a instauração do incidente.

Ademais, o trâmite deve ocorrer perante turma, câmara ou grupo de câmaras, excluindo-se, por óbvio, os “plenos”, uma vez que, como leciona Frederico Marques, “seria absurdo levantá-lo, porque se cabe a elas próprias o pronunciamento uniformizador, claro que poderão proferir decisão de igual sentido quando estiverem funcionando.”⁵³⁹.

Já o segundo - ocorrência da divergência -, destaca a constatação da diversidade de interpretações sobre a norma jurídica em função da *quaestio iuris* que justifique, em razão dos limites do pleito, a necessidade de pacificação.

Bem lembra Alexandre Câmara que:

⁵³⁷ Optou-se pela posição de José Carlos Barbosa Moreira (Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 14/19).

O critério não é pacífico!

Pontes de Miranda, por exemplo, identificava, sob a denominação de pressupostos de ordem objetiva, cinco ocorrências: “(a) existência de decisão de outra câmara, ou turma ou grupo de câmaras; (b) existência de algum feito a ser julgado; (c) existência da matéria que se ache envolvida na decisão do feito, ou da qual a decisão dele dependa; (d) divergência entre a decisão que foi tomada, ou que pode ser tomada pela câmara, ou turma, ou grupo de câmaras, e a decisão já tomada por outra câmara, ou turma ou grupo de câmaras; (e) ser ponto de direito a divergência. (...)”. Miranda, op. cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, Tomo VI, p. 16.

Enquanto Greco Filho prevê quatro hipóteses: “(...) I – Que esteja em curso um julgamento de recurso ou processo de competência originária dos tribunais numa câmara, turma ou grupo de câmaras. (...) II – Que exista no julgamento uma tese jurídica controvertida (...) III – Que exista sobre a tese jurídica divergência jurisprudencial ou entre juízes, não bastando a doutrinária. (...) IV – Que o incidente seja suscitado de ofício por qualquer juiz ou a requerimento da parte e seja reconhecida formalmente a divergência por acórdão. (...)”. Greco Filho, op.cit., v.2, p. 393.

⁵³⁸ Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 15.

⁵³⁹ Marques, op. cit., v. 3, p. 210.

“(...) a divergência que permite a instauração do incidente é, sempre, a que se verifique entre órgãos diversos do mesmo tribunal. No caso do inciso II, porém, a divergência se dá entre a decisão recorrida, proferida pelo órgão *a quo*, e decisão proferida em segunda instância, em outro processo, por órgão fracionário do tribunal diverso daquele a que coube a apreciação do recurso.”⁵⁴⁰.

Há que se dizer que as questões de mérito, ou não⁵⁴¹, podem (diga-se: em referência ao direito material ou, até mesmo, o processual) ser objeto da uniformização.

3.4.F. Procedimento

Para pronto entendimento da dinâmica que repousa na uniformização de jurisprudência, *mister* se faz o estudo seqüenciado do procedimento que, desde já, destaca-se: é anômalo e permeado de detalhes.

Neste sentido, há que se informar que o procedimento de uniformização de jurisprudência observa duas fases distintas: uma que se refere ao trâmite perante o órgão colegiado (turma, câmara ou grupo de câmaras) em que fora suscitado o incidente; e, outra, que se atém ao curso do julgamento perante o órgão pacificador após o acolhimento da divergência.

3.4.F.1. Legitimação

Podem iniciar o incidente de uniformização de jurisprudência, tanto o juiz envolvido na causa (instado a participar do julgamento do recurso, da causa de competência originária ou do incidente de duplo grau de jurisdição) - CPC, art. 476⁵⁴² -, quanto a parte – CPC, art. 476, parágrafo único⁵⁴³; e, ainda, o Ministério Público.

⁵⁴⁰ Câmara, op.cit., v. 2, p. 45.

⁵⁴¹ “A divergência pode ser de questão de mérito ou não. Mas há sempre de ser sobre ‘teses jurídicas’ ou ‘interpretação do direito’, de cuja solução dependa o julgamento da causa *sub judice*.” Theodoro Junior, op.cit., v. 1, p. 676.

⁵⁴² CPC, “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:”

⁵⁴³ CPC, Art. 476. (...) “Parágrafo único. A parte poderá, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.”

No que concerne à legitimação da parte, vale a ressalva de que não se deve assemelhar o comando ao disposto no art. 499 do CPC (diretrizes da legitimidade recursal), ou seja, não se impõe a condição de vencida à parte. Em verdade, todos que estejam nesta qualidade⁵⁴⁴ – portanto vinculados à relação jurídica processual – tem a permissibilidade (advinda do interesse) para propor o incidente, haja vista que é de interesse geral a boa interpretação sobre a *quaestio iuris*.

Ademais, insta destacar que a parte “fala”, em juízo, por seu patrono processual devidamente constituído, uma vez que não detém a capacidade postulatória (salvo os casos de militância em causa própria); ou seja, o ato deve ser praticado por advogado legalmente habilitado (aquele que demonstra em juízo a outorga de poderes mediante o seu instrumento próprio que é a procuração)⁵⁴⁵.

Por esta ótica, é bom que se lembre que a uniformização de jurisprudência é um instituto processual que requer apenas a outorga dos poderes comuns (ou, para “foro em geral”), dispensando-se o formalismo para os especiais⁵⁴⁶.

Sobre o Ministério Público, embora silenciem os dispositivos específicos, por certo lhe será admitida a legitimação quando o órgão funcionar⁵⁴⁷, seja na qualidade de parte – em que terá, ao mesmo tempo, os mesmos poderes e múnus (CPC, art. 81⁵⁴⁸), o que o faz assemelhar-se as partes em sentido geral – ou

⁵⁴⁴ Diga-se o recorrente, o recorrido ou o terceiro prejudicado (as considerações sobre o Ministério Público serão tecidas linhas adiante), bem como as demais figuras como os litisconsortes, os assistentes ou os terceiros intervenientes. Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 22; e, Miranda, op. cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, Tomo VI., p. 32.

⁵⁴⁵ Eis a inteligência do art. 36 (“A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.”) em comunhão com o art. 37, primeira parte (“Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. ...”), ambos do CPC.

Aplica-se, ainda, o disposto no art. 5º da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 – instituidora do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil: “O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.”

⁵⁴⁶ Na dinâmica brasileira, a procuração (enquanto instrumento formal e escrito do mandato) faz prova do patrocínio da causa e habilita o advogado a exercer os poderes subscritos em nome da parte, sendo certo que estes se subdividem em comuns ou para o foro em geral (intimamente ligados a condução do processo, o impulso do procedimento e a autorização para a prática de atos processuais válidos) e os especiais (aqueles intimamente ligados, direta ou indiretamente, ao direito material posto em litígio). Normativamente, o art. 38 do CPC, em sua parte final, indica, exatamente, quais são os poderes especiais: “(...) receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.”

⁵⁴⁷ No mesmo sentido: Moreira, op.cit., *O Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 174; Câmara, op.cit., v.2, p. 44.

⁵⁴⁸ CPC, “Art. 81. O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.”

de fiscal da lei – em que a avoca o próprio interesse público na escorreita aplicação das leis em vias de proteger as instituições (CPC, art. 82⁵⁴⁹)⁵⁵⁰.

3.4.F.2. Suscitação do incidente

O incidente pode ser instaurado, a teor do art. 476 do CPC, por juiz ou pela parte (tomada em sentido amplo como dito linhas acima e, ainda, importando a legitimação do Ministério Público).

Na primeira situação, exige-se, apenas, que o juiz que venha a suscitar o incidente seja votante, o que significa dizer: participe do julgamento independente de sua natureza (recursal, competência originária ou reexame obrigatório), bem como se admite a prática antes do início da votação, ou no curso do julgamento em reminiscência ao teor do que surgir dos debates e fundamentações.

Já, a suscitação do incidente pela parte, ao rigor do parágrafo único do art. 476 do CPC, pode se dar “ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa”. De sorte que, em boa interpretação, há que se considerar que a intenção normativa repousa em dois momentos: a um, em referência aos prazos peremptórios para falar nos autos – vinculado ao verbo “arrazoar” (ao recorrente para interposição mediante o oferecimento de suas “razões de recurso” e, quando exigido, a petição de interposição – ou encaminhamento; e, ao recorrido, para exercício do contraditório mediante o oferecimento das contra-razões); e, a dois, a destempo – diga-se: em tempo futuro – desde que vinculada ao conhecimento superveniente da divergência, via petição avulsa.

A segunda hipótese auspicia certo cuidado que se origina na questão: até quando pode ser, em grau de recurso, suscitado incidente?

Barbosa Moreira⁵⁵¹, apegando-se ao princípio da oralidade, defende ser cabível a suscitação até mesmo na sessão de julgamento por ocasião da

⁵⁴⁹ CPC, “Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: (...) I - nas causas em que há interesses de incapazes; (...) II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; (...) III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

⁵⁵⁰ Há que se dizer que, aqui, encontrou-se a pertinência de se aplicar, sistematicamente, a regra geral de legitimidade para os recursos, tal qual denotada no art. 499, §2º da norma processual civil (“O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei”).

sustentação oral a que alude o art. 554⁵⁵² do CPC; já Frederico Marques⁵⁵³, lastreado no princípio da escrituração, entende ser cabível também na sessão de julgamento, desde que haja divergência entre os juízes votantes e que a parte apresente a petição avulsa.

Superada a controvérsia, prossegue o dispositivo legal impondo que o pedido (independente da apresentação) seja fundamentado:

“(...) a fundamentação consistirá, é claro, na existência de julgado(s) de outro órgão fracionário, em que a interpretação dada alguma regra jurídica relevante para a apreciação da espécie tenha sido diversa da que lhe deu a decisão recorrida; ou, então, na existência de julgados de órgãos distintos do tribunal, discrepantes na solução da *quaestio iuris* a ser enfrentada no julgamento.(...)”⁵⁵⁴.

3.4.F.3. Admissibilidade

O pedido de instauração do incidente (independente se por juiz votante ou pela parte) será sucedido da apreciação pela turma, câmara ou grupo de câmaras; perante a qual fora suscitada a uniformização.

Por certo, a apreciação impõe *in limine* a suspensão do feito de fundo (o recurso, a causa de competência originária ou o reexame obrigatório) em que se tomou o incidente, uma vez que, primeiramente, há que se deliberar acerca da efetiva divergência (esgotar-se a dúvida), para, somente após, dar-se prosseguimento ao julgamento diante das orientações consignadas⁵⁵⁵.

O caminho natural para o incidente indica que o órgão provocado deverá deliberar sobre a efetiva existência da divergência (apreciação interna), de

⁵⁵¹ “(...) Por igualdade de razão, a despeito do silêncio da lei, cabe entender que o requerimento é formulável na própria sessão de julgamento, quando tocar à parte a sustentação oral de suas razões, se for o caso.”. Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 23.

No mesmo sentido: Miranda, op. cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, Tomo VI, p. 33, nota 2.

⁵⁵² CPC, “Art. 554. Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.”.

⁵⁵³ “A petição avulsa deve ser apresentada ao Relator. Mas no curso da votação, interrompido por pedido de adiamento a petição pode ser endereçada ao juiz que pedir vista dos autos.”. Marques, op.cit., v.3, p. 210.

⁵⁵⁴ Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 23, nota 2.

⁵⁵⁵ Ao silêncio da lei, parece mais adequada a ordem de suspensão para que o órgão judicante delibere com tranqüilidade sobre a eventual divergência. No mesmo sentido: Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 24.

sorte que esta será ou não reconhecida. Insta destacar que, num caso ou noutro, trata-se de decisão irrecorrível⁵⁵⁶.

Se não houver a constatação, cessa-se a suspensão e, por conseguinte, dar-se-á prosseguimento ao julgamento do feito de fundo (recurso, causa de competência originária ou reexame obrigatório).

Caso contrário, mantém-se a suspensão, devendo o órgão judicante promover a lavratura do acórdão, com a dúlice finalidade: primeiro, de remessa ao presidente para marcação da sessão de julgamento (CPC, art. 477⁵⁵⁷); e, segundo, por iniciativa da secretaria, envio da resolução aos demais juízes que participarão do ato de pacificação para que se interem de seu teor.

3.4.F.4. O Tribunal

O trâmite regular do incidente prevê que, acolhida a divergência e lavrado o acórdão, os autos deverão ser remetidos ao presidente do tribunal, afim de que sejam distribuídas cópias da decisão aos demais juízes pela secretaria e, também, seja marcada a sessão de julgamento para que se defina a melhor interpretação a ser dada a *quaestio iuris*.

A seguir, espera-se o julgamento pelo tribunal (CPC, art. 478); mas, qual é a acepção a ser dada? Como deverá atuar ou que órgãos que componham o dito tribunal devem participar da pacificação?

Para o estudo, preferiu-se enfrentar a casuística sob a ótica específica de quatro tribunais (mormente pela convergência local da pesquisa): o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2 – Rio de Janeiro e Espírito Santo) e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ).

Pois bem, independente do órgão, um ponto em comum remete ao texto constitucional que consigna no art. 93, XI⁵⁵⁸ (após a Reforma dada pela EC nº

⁵⁵⁶ Miranda, op. cit., *Comentários ao Código de Processo Civil [1973]*, Tomo VI, p. 35; Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 25; Câmara, op.cit., v. 2, p. 45.

⁵⁵⁷ CPC, “Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.”

⁵⁵⁸ CRFB/1988, “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros,

45/2004) a possibilidade dos tribunais com mais de vinte e cinco julgadores constituírem “órgãos especiais”, de sorte que a regra fora acolhida para melhor execução das funções que, originariamente, deveriam ser dedicadas ao tribunal pleno.

Desde logo, percebe-se que a regra não se aplica ao Supremo Tribunal Federal, haja vista que a Corte constitucional é composta de onze ministros (CRFB/1988, art. 101; RISTF, art. 2º). Portanto, a pacificação de seus entendimentos é dada pelo Plenário (RISTF, art. 102, §1º⁵⁵⁹) que é o órgão da Corte composto pela totalidade dos Ministros, inclusive pelo Presidente.

Já o Superior Tribunal de Justiça, regulamenta a matéria na Parte II, Título I, Capítulo IV e Seção I, do art. 118 ao art. 121, de seu Regimento Interno; de forma que o responsável por receber o acórdão que reconheceu a divergência é o “Presidente da Corte Especial ou Seção” (RISTJ, art. 118, §2º⁵⁶⁰), bem como o julgamento (RISTJ, art. 119⁵⁶¹) será realizado perante a Corte Especial quando a divergência tiver origem nas Seções ou em convergência temática entre as Seções (RISTJ, art. 11, VI⁵⁶²) ou diante das Seções nas hipóteses de divergência entre as Turmas (RISTJ, art. 12, IX⁵⁶³).

O Regimento Interno do Tribunal Regional da 2ª Região prevê que o julgamento do incidente dar-se-á perante o órgão julgador que deverá contar com dois terços de seus membros para que a decisão proferida por maioria absoluta seja validada (RITRF2, art. 113, §2º⁵⁶⁴). Há que se entender como “órgão julgador da

para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.”.

⁵⁵⁹ RISTF, “Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal: (...)§ 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.”.

⁵⁶⁰ RISTJ, “Art. 118. No processo em que haja sido suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência, o julgamento terá por objeto o reconhecimento da divergência acerca da interpretação do direito. (...)§ 2º. Publicado o acórdão, o relator tomará o parecer do Ministério Público no prazo de quinze dias. Findo este, com ou sem parecer, o relator, em igual prazo, lançará relatório nos autos e os encaminhará ao Presidente da Corte Especial ou Seção para designar a sessão de julgamento. A Secretaria expedirá cópias do relatório e dos acórdãos divergentes e fará a sua distribuição aos Ministros.”.

⁵⁶¹ RISTJ, “Art. 119. No julgamento de uniformização de jurisprudência, a Corte Especial e as Seções se reunirão com o *quorum* mínimo de dois terços de seus membros.”.

⁵⁶² RISTJ, “Art. 11. Compete à Corte Especial processar e julgar: (...) VI - os incidentes de uniformização de jurisprudência, em caso de divergência na interpretação do direito entre as Seções, ou quando a matéria for comum a mais de uma Seção, aprovando a respectiva súmula;”.

⁵⁶³ RISTJ, “Art. 12. Compete às Seções processar e julgar: (...) IX - os incidentes de uniformização de jurisprudência, quando ocorrer divergência na interpretação do direito entre as Turmas que as integram, fazendo editar a respectiva súmula.”.

⁵⁶⁴ RITRF2, “Art. 113. No julgamento de uniformização da jurisprudência, o órgão julgador reunir-se-á com no mínimo dois terços de seus membros. (...)§ 2º. Proferido o julgamento, em decisão tomada pela maioria absoluta

uniformização de jurisprudência”, o Plenário quando ocorrer “divergência na interpretação do direito entre as Seções Especializadas, ou quando a matéria for comum a mais de uma Seção” (RITRF2, art. 12, VIII⁵⁶⁵) ou as Seções Especializadas quando a divergência tiver origem nas Turmas que compõem aquela Seção (RITRF2, art. 14⁵⁶⁶).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro regulamentou o tema no art. 119 e no art. 120 do seu Regimento Interno, em que se abstrai que os órgãos julgadores serão (RITJERJ, art. 119⁵⁶⁷): o Órgão Especial quando a origem da divergência for a Seção Criminal ou as Câmaras Cíveis (RITJERJ, art. 3^{o568}); e, a Seção Criminal se a divergência for cingida ao âmbito das Câmaras Criminais (RITJERJ, art. 7^{o569}).

3.4.F.5. Trâmite de julgamento perante o tribunal

A identificação do sentido mais adequado a ser dada a palavra “tribunal” previsto nos dispositivos correlacionados traz consigo a certeza de que o procedimento específico de cada órgão é regulamentado por seus Regimentos Internos, restando, por ora, apenas a idéia universal (aquela comum a todos) a que alude à norma processual de raiz.

Em tom ordinário, temos que a remessa dos autos ao presidente do tribunal gera a necessidade de registro e o processamento (CPC, art. 547), cujo encaminhamento (usualmente tomado em sentido de distribuição) deverá observar o Regimento Interno de cada tribunal (CPC, art. 548).

dos membros que integram o órgão julgador, o Relator deverá redigir o projeto de súmula a ser aprovado pelo Plenário na mesma sessão ou na primeira sessão ordinária seguinte.”

⁵⁶⁵ RITRF2, “Art. 12. Compete ao Plenário, em matéria judicial, processar e julgar: (...)VIII - os incidentes de uniformização de jurisprudência, quando ocorrer divergência na interpretação do direito entre as Seções Especializadas, ou quando a matéria for comum a mais de uma Seção, aprovando a respectiva Súmula;”.

⁵⁶⁶ RITRF2, “Art. 14. No âmbito de sua especialização, às Seções Especializadas compete processar e julgar: (...) VI - os incidentes de uniformização, quando ocorrer divergência de interpretação do direito entre as Turmas Especializadas em matérias que lhe são afetas.”.

⁵⁶⁷ RITJERJ, “Art.119 - Admitindo, nos casos previstos em lei, o pronunciamento prévio do Órgão Especial ou da Seção Criminal sobre a interpretação do direito, ser-lhe-ão remetidos os autos, para o processamento do incidente, ficando sobrestado o julgamento.”.

⁵⁶⁸ RITJERJ, “Art.3^o - Compete ao Órgão Especial: (...) II- julgar: (...) f) o incidente de uniformização de jurisprudência, nos feitos de competência da Seção Criminal e das Câmaras Cíveis;”.

⁵⁶⁹ RITJERJ, “Art.7^o - Compete à Seção Criminal: (...) I - processar e julgar: (...) f) o incidente de uniformização da jurisprudência, nos feitos da competência das Câmaras Criminais;”.

Em verdade, o que não se aplica em abstração a primeira parte do art. 477 da norma processual civil comum é a necessidade de nomeação direta de um relator, nos termos ordinários dos recursos.

“(…) Não quer isso dizer que a matéria não seja relatada, na sessão de julgamento, por um dos membros do tribunal. Como não há, porém, ao menos em princípio, distribuição específica, observar-se-á o disposto no regimento interno, que de preferência indicará o próprio relator do acórdão do órgão suscitante, ou o do processo em que ocorreu o incidente (…)”⁵⁷⁰.

Sobre a sessão de julgamento é de bom tom que seja observada a regra temporal que indica que “Entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento mediará, pelo menos, o espaço de 48 (quarenta e oito) horas” (CPC, art. 552, §1º).

A sessão de julgamento se cingirá ao teor da divergência (a renovação da ocorrência e, após, a melhor interpretação), buscando a melhor visão a ser observada acerca da *quaestio iuris* que será abstraída dos votos dos juízes proferidos fundamentadamente (CPC, art. 478⁵⁷¹), ou seja, “não lhe [tribunal] é permitido apreciar outras questões jurídicas estranhas à controvérsia, e muito menos questões de fato, sejam quais forem.”⁵⁷².

3.4.F.6. Decisão

A decisão do incidente tem especial importância, o que impõe uma dúplici análise: primeiramente, procede-se a reapreciação sobre a existência da divergência, uma vez que o órgão julgador do incidente não está vinculado (aposto no sentido de cumprimento obrigatório e irrestrito) ao juízo exarado pelo órgão em que ocorrera a suscitação; para, em seguida e mantendo-se a decisão originária, realizar o juízo de valor sobre a melhor interpretação⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 29.

⁵⁷¹ CPC, “Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.”

⁵⁷² Theodoro Junior, op. cit., v. I, p. 677.

⁵⁷³ Ao contrário, caso reconheça-se a inexistência de divergência, se finda o incidente, remetendo-se os autos para prosseguimento do julgamento originário.

Renovada a constatação sobre a divergência e colhidos os votos fundamentados, dá-se seguimento a apuração do conteúdo que, constatada a maioria absoluta dos membros votantes, passa a condição de interpretação a ser observada para aquela *quaestio iuris* (CPC, art. 479⁵⁷⁴).

A dita interpretação a ser observada será lavrada em acórdão para, em seguida, serem remetidos os autos ao órgão suscitante para que, cessada a suspensão, se dê prosseguimento nos termos da *quaestio iuris*.

Por fim, há que se dizer que a decisão, para efeitos universais, será objeto de súmula de jurisprudência predominante, o que se fará mediante a constituição de verbete a ser incluído no instrumento de orientação jurisprudencial (CPC, art. 479), sempre nos termos dos regimentos internos dos Tribunais (CPC, art. 479, parágrafo único⁵⁷⁵) – tema que merecerá maiores considerações linhas à frente.

3.4.F.7. Oitiva do Ministério Público

Como é cediço, o Ministério Público, garantido constitucionalmente⁵⁷⁶, pode assumir dúplice função em reminiscência ao direito discutido: ou atua como parte (CPC, art. 81) - *dominus litis* -; ou como fiscal da lei (CPC, art. 82) – *custos legis*.

Da primeira hipótese, cuidou-se alhures em referência aos critérios de legitimação por manifesta afeição temática...

Da segunda, há que se cuidar agora, sempre sobre a ressalva da finalidade do órgão que não é outra, senão a de zelar pela boa aplicação da lei, o que se desdobrará na própria proteção da sociedade e de suas instituições. Daí, porque o parágrafo único do art. 478 do CPC manda que se ouça o Ministério Público: trata-se, por certo, da interpretação a ser dada a uma norma jurídica em função da *quaestio iuris*.

⁵⁷⁴ CPC, “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

⁵⁷⁵ CPC, “Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”

⁵⁷⁶ Vide, CRFB, art. 127 ao art. 130.

Se a finalidade é clara, a redação do dispositivo é obscura, especialmente em relação à expressão “será ouvido”, que faz aflorar a dúvida sobre o seu real sentido.

De concreto, a dúvida é bem razoável: a um, porque se aplicada à interpretação literal considerar-se-ia como indicativo do sentido de “palavra falada”, cujo momento oportuno para manifestação seria a sessão de julgamento; e, a dois, se observada à interpretação extensiva com traços da sistemática (diga-se autorização para a importação dos comandos do art. 83⁵⁷⁷ do CPC), pender-se-ia a idéia de permissão do acesso dos autos e da manifestação por escrito, portanto, o órgão seria “ouvido por escrito”.

A segunda interpretação parece mais razoável e adequada; não só pelo que foi dito, mas, especialmente, em função da situação exigir um maior cuidado advindo do aprofundamento da análise que imporia a necessidade do Ministério Público ter acesso prévio aos autos para, após, exarar seu parecer escrito⁵⁷⁸.

Daqui surge nova dúvida lastreada justamente na consideração de que o a manifestação do órgão deveria ser por escrito e antecedida de acesso aos autos: mas, quais seriam o prazo e o momento para que o Ministério Público exercesse a sua função?

A resposta não é uníssona e somente pode ser respondida com base nos regimentos internos dos tribunais (diga-se que o CPC é omissivo sobre o assunto). Como exemplo, ter-se-ia, em sede de STJ, a indicação de que a lavratura do acórdão sobre a afirmação da divergência abriria o prazo de quinze dias para a manifestação (RISTJ, art. 118, §2º⁵⁷⁹); no TJERJ, por múnus do relator do acórdão

⁵⁷⁷ CPC, “Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: (...) I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; (...) II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.”

⁵⁷⁸ Moreira, op.cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5., p. 29.

⁵⁷⁹ RISTJ, “Art. 118. (...) § 2º. Publicado o acórdão, o relator tomará o parecer do Ministério Público no prazo de quinze dias. Findo este, com ou sem parecer, o relator, em igual prazo, lançará relatório nos autos e os encaminhará ao Presidente da Corte Especial ou Seção para designar a sessão de julgamento. A Secretaria expedirá cópias do relatório e dos acórdãos divergentes e fará a sua distribuição aos Ministros.”

que conste a suscitação⁵⁸⁰, será permitida a vista dos autos por dez dias, para que emita seu parecer escrito (RITJERJ, art. 119, §2º⁵⁸¹).

Por fim, insta destacar que a não intimação do Ministério Público para, querendo, se manifestar, caracteriza a nulidade do ato, o que significa dizer que não será legitimada a interpretação proposta pela maioria absoluta (CPC, art. 84⁵⁸² c/c art. 246⁵⁸³).

3.5. SÚMULAS JUDICIÁRIAS

O presente item tem o condão de apresentar, sucintamente, as súmulas judiciárias, mormente pela afinidade com a uniformização de jurisprudência, nos limites previstos pelo art. 479 do CPC, bem como em função das experiências legislativas posteriores que ajudaram a enraizar o tema.

3.5.A. Origem

Se a origem da uniformização de jurisprudência é creditada aos assentos previstos nas Ordenações que se desdobraram nos prejulgados; a súmula encontra sua gênese em idos de 1963⁵⁸⁴ quando o então Ministro Victor Nunes Leal propôs a instituição do mecanismo como método de trabalho para resolver – ou ao menos diminuir – o excesso de processos que se avolumavam nos corredores do STF⁵⁸⁵.

“Com a adoção deste método de trabalho e a aceitação dos ministros, restava a positivação da matéria em vias de, ao menos, regulamentar-lhe o procedimento.

⁵⁸⁰ Ressalvado o caso do relator não integrar o órgão especial, motivo suficiente para que se proceda à livre distribuição entre seus pares (RITJERJ, “Art. 119... § 1º - Como relator do incidente funcionará o do acórdão em que for suscitado, salvo se não integrar o Órgão Especial, em hipótese de competência deste, caso em que se procederá à distribuição.”).

⁵⁸¹ RITJERJ, “Art. 119. (...)§ 2º - A Procuradoria Geral de Justiça terá vista dos autos por 10 (dez) dias, para emitir parecer.”.

⁵⁸² CPC, “Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.”.

⁵⁸³ CPC, “Art. 246. É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. (...) Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.”.

⁵⁸⁴ Neste ano, em Sessão Plenária de 13 de dezembro, o STF aprovou seus primeiros 370 verbetes que deveriam estar inclusos na recém criada “Súmula de Jurisprudência Predominante” daquele Pretório Excelso.

⁵⁸⁵ Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 183.

Destarte, procurou-se fugir da rigidez dos assentos (constituía força de lei, o que destoava da intenção da súmula de determinar a predominância da interpretação da norma jurídica) e da inépcia dos prejudgados (falta de elementos que lhes fizessem trazer efetividade). Da função normativa e do elemento paliativo. Em síntese, buscava-se um instituto de ‘meio-termo!’⁵⁸⁶.

Mesmo com o evidente sucesso da construção pretoriana, o Ministro Alfredo Buzaid pendeu ao restabelecimento dos assentos no anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, o que levou seleta doutrina a se insurgir contra a proposta, alegando a inconstitucionalidade por invasão de competência constitucional, uma vez que os assentos teriam força de lei⁵⁸⁷.

Os argumentos doutrinários e a empreitada pretoriana foram tão fortes e consistentes que a idéia dos assentos foi substituída pela das súmulas, sendo o tema da vitória consagrado na máxima: a Súmula não obriga, apenas predomina. Não tem força de lei.⁵⁸⁸

Daí a inclusão do instituto no local adequado: a uniformização de jurisprudência - como consta, especificamente, do art. 479 da norma processual civil.

⁵⁸⁶ Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 184.

⁵⁸⁷ Bem destaca José de Moura Rocha em menção a Egas Dirceu Moniz de Aragão: “(...) lembrava parecer-lhe duvidosa ‘a legitimidade constitucional da atribuição que o anteprojeto pretende outorgar aos Tribunais, de editar assentos com força de lei. Isso seria exercer função peculiar ao Congresso Nacional e às Assembléias Legislativas’. A corrente de se ver nas Súmulas caráter de obrigatoriedade como inconstitucional viria prevalecer e, sendo assim: ‘O projeto abandonou a solução dos assentos com força de lei...’ e fixaria uma nova feição inspirada na Súmula de Jurisprudência Predominante. Na verdade, predominando tal orientação temos nas Súmulas uma predominância, não uma obrigatoriedade.”. ROCHA, José de Moura. *A Importância da Súmula*. Em, Revista Forense. Trim. N° 257. Rio de Janeiro: Forense, 1977; pp. 91-98; p. 92.

⁵⁸⁸ Invocando a “flexibilidade” no sentido de alteração, o Ministro Carlos Velloso, assim se pronunciou no julgamento da ADI n° 594: “(...) visualizada a questão, pode-se afirmar que a Súmula da Jurisprudência Predominante não tem as características de ato normativo. Ela simplesmente dá maior segurança aos julgamentos, porque propicia decisões uniformes para casos semelhantes, além de acelerar o andamento dos processos (...) É certo que as Súmulas, porque assentadas na jurisprudência predominante, têm uma certa normatividade, têm um sentido quase-normativo, não obstante destituída de obrigatoriedade (...) Esse sentido quase-normativo, entretanto, não lhes empresta o caráter de ato normativo sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Esta, vale repetir, somente pode ter por objeto ato normativo puro, atos normativos com as características de lei em sentido material: abstração, generalidade, impessoalidade, obrigatoriedade.”. STF. Tribunal Pleno. ADI 594/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. Sessão: 19/02/1992. Publicação: DJ 15-04-1994 PP-08046. Ementa: “Constitucional. Súmula da Jurisprudência Predominante. Ação direta de inconstitucionalidade. Ato normativo. Súmula n. 16, do Superior Tribunal de Justiça. I. A Súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não esta sujeita a jurisdição constitucional concentrada. II. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.”

3.5.B. Nota de Esclarecimento sobre a Súmula

Os fatos ensejadores da entrada da súmula no ordenamento jurídico brasileiro explicam a sua finalidade que não foi outra, senão a de desafogar o STF. No entanto, faz surgir uma dúvida: por que a utilização do vocábulo?

A justificativa vem da etimologia que indica o vernáculo *summula* – de origem latina – como a raiz semântica do termo em língua portuguesa, “indicando ‘resumo’, que dentre nós mais se assemelha a resumo abreviadíssimo sobre o teor de algo”.⁵⁸⁹

Da etimologia se consegue abstrair uma definição fulcrada no sentido de reunião das interpretações vencedoras sobre as normas jurídicas que, recopiladas em um mesmo corpo, permitem o conhecimento da jurisprudência convergente.

Percebe-se, pois, que a súmula não indica a interpretação uniformizada em si (esta pertence ao verbete), senão a reunião dos temas pacificados naquele tribunal. Neste sentido, considera-se a súmula como a própria reunião dos verbetes (p.ex., a “Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal” consta de 736 verbetes).

Evoluído o pensamento, torna-se hialino que a súmula se assenta na boa [*rectius*, autêntica] interpretação sobre a norma jurídica que se encontra em conflito prático, isto é, em divergência jurisprudencial. Portanto, constatado o ambiente de conflito interpretativo convoca-se o tribunal para pacificar o entendimento, de sorte que a deliberação final terá força de orientação na aplicação da norma jurídica em função dos casos similares a *quaestio iuris* fomentada concretamente. Fundamento que levou em outra oportunidade (quando se tratou do “ideal do meio-termo”⁵⁹⁰) a menção de:

⁵⁸⁹ Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 159.

⁵⁹⁰ Expressão emprestada do pensamento de Victor Nunes Leal, mas com um traço diferenciador que recai na atualização de suas premissas. No entanto, para que não se entenda como desvio das lições do Ministro, tomou-se a liberdade de destacar seu texto, desde já esclarecendo que está apegado às origens da Súmula no Direito Brasileiro: “O ideal do meio-termo, quanto a estabilidade da jurisprudência (...), ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei’ e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada (...) apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juizes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a Súmula substitui a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança dos autênticos profissionais do direito.”. LEAL, Victor Nunes. *Passado e Futuro da Súmula*

“(...) a Súmula se posta entre a “inteligência perpétua da lei” e a “anarquia jurisprudencial”. No primeiro caso, impõe limites ao poder criativo do intérprete e a razão humana aplicados a norma jurídica que é dotada de generalidade (destinada a todos e de conteúdo aberto – genérica) e compulsoriedade (há o dever jurídico de cumprimento); e, o segundo (até como consequência natural do primeiro), fixa a melhor interpretação a ser aplicada a determinada norma jurídica, o que permite o dimensionamento das decisões judiciais, haja vista que será de orientação para todo os órgãos que compõem a função judiciária.”⁵⁹¹.

Oportunamente, quando se menciona o vínculo entre a súmula e a interpretação da norma jurídica conseguida autenticamente, é bom que se esclareça que “a súmula não é um processo de interpretação. É o resultado dessa interpretação!”⁵⁹². Mas, qual é o limite desta assertiva?

Forçosamente o esclarecimento retroage a premissa maior de que, em sendo a Constituição Federal o fundamento último de validade de todo o ordenamento jurídico, tudo e todos devem se harmonizar ao texto maior.

Assim, quando a Carta Política define, identifica e fixa os limites de atuação de cada função do Estado para que seja preservada a harmonia e independência em prol do sentimento coletivo, está se consagrando o amparo contra as chamadas invasões de competência, mediante o próprio controle implícito dos atos, ou seja, ao legislativo entrega-se a legiferação e ao judiciário a jurisdição.

Portanto, convergindo a máxima constitucional para o ambiente das súmulas, ter-se-ia que o juiz de direito, no exercício da jurisdição, não pode criar leis, mas deve dar vida a elas; isto é, partindo do caso concreto deve buscar no ordenamento jurídico o fundamento normativo para resolver o conflito de interesses, o que o fará adequando a lei aos fatos provados (diga-se: encerrar a generalidade da norma jurídica nos limites do caso concreto), decretando em decisão judicial qual é a sua visão sobre o fenômeno.

do STF. Em, Revista de Direito Administrativo. Nº 145. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set. 1981; pp. 1-21; p. 6. Indexação: RDA 145: 1-21; p. 10.

⁵⁹¹ Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 163.

⁵⁹² Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 162.

Sob a corroboração de: “(...) o que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a súmula é o resultado dessa interpretação. (...) A Súmula deve, pois, ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubildade, para que não falhe o seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número.”. Leal, op.cit., p. 11.

Por este evento, nasce uma indagação: Como se alocaria a súmula neste contexto?

“(…) A lógica é razoável: se uma decisão judicial é dotada de autenticidade pela aplicação da lei ao caso concreto e esta brota de um único juiz de direito; devemos analisar a súmula em ordem de grandeza, a ponto desta afirmação ser alçada ao exponencial daqueles juízes (desembargadores ou ministros) que manifestaram sua simpatia pelo entendimento que passou a integrar a súmula. Assim, se a decisão judicial representa a interpretação autêntica, a súmula representa a mais autêntica das interpretações, porque representa a síntese de todas as interpretações. (...)”⁵⁹³.

3.5.C. Constituição

O art. 479 do CPC permite e orienta a constituição das “Súmulas”, destacando, desde já, que o movimento iniciado no Supremo Tribunal Federal ganhou força e se expandiu por todos os órgãos que compõem a organização judiciária (com transbordos para alguns componentes da organização executiva⁵⁹⁴), de sorte que cada casa judiciária, hodiernamente (ressalte-se com a devida autorização normativa), conserva sua jurisprudência predominante (aquela advinda da uniformização) compendiada nas Súmulas internas (tecnicamente denominadas de “Súmula de Jurisprudência Predominante”).

A reboque deste movimento, os regimentos internos, neste prisma, foram fortalecidos, haja vista que cada Tribunal passou a ter nestes atos normativos sua base jurídica para os trâmites de constituição das Súmulas que deveriam

⁵⁹³ Pires, op.cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 163, nota 2.

⁵⁹⁴ A reboque da produção judiciária, a função executiva reconhecendo “sua má contribuição no aumento da litigiosidade e no emperramento da máquina judiciária, notadamente na área da Justiça Federal, vem tomando ultimamente, e de forma louvável, reconheça-se, embora ainda tímida, algumas iniciativas no sentido de valorizar as decisões judiciais e diminuir a sua presença em juízo.”. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Súmula e sua Evolução no Brasil*. Revista de Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 179, ano 24, p. 15-34, nov./dez. 2000.

Tanto é verdade que foram expedidas a Portaria nº 2.054/1995 (de iniciativa do Ministério da Previdência e Assistência Social, dando autorização para que os representantes da autarquia desistissem de recursos fundados em *quaestio iuris* advinda da interpretação do art. 201, §§5º e 6º da Carta magna de 1988), o Decreto nº 1601/1995 (da lavra da Presidência da República, autorizando a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a desistir ou renunciar a recursos quando a matéria controvertida tivesse pacificada em sede de STF ou de STJ, nos limites de suas competências), o Decreto nº 2.346/1997 (de inteligência da Presidência da República que estendia e disciplinava com maior retidão a conduta da Administração Pública Federal sobre o cumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado perante o STF que dessem melhor interpretação ao texto constitucional).

observar a regra comum de que somente seriam integradas as questões uniformizadas, entendidas aquelas abstraídas do voto da maioria absoluta⁵⁹⁵.

Eis o fundamento para o prosseguimento da análise: a alocação da dogmática em duas linhas - uma advinda da divisão assente na doutrina entre súmulas predominantes e vinculantes (com a ressalva de que nossa proposta é de mera distinção sem maior aprofundamento); e, outra, a restrição exemplificativa pelos quatro tribunais de fundo (STF, STJ, TRF2 e TJERJ).

3.5.D. Notas sobre a Súmula de Jurisprudência Predominante

A “Súmula de Jurisprudência Predominante” é o nome dado ao conjunto de verbetes que integram o pensamento convergente do tribunal que a constituiu em referência as matérias pacificadas. Em regra, derivam do incidente de uniformização de jurisprudência.

Por esta ótica, cada tribunal está autorizado a compendiar sua jurisprudência convergente em súmulas que têm força de orientação, baseiam-se na harmonização dos pensamentos atuais dos membros componentes daquele tribunal e auxiliam na aplicação da norma jurídica em casos futuros (método de trabalho). Afinal, constrói-se como resultado da interpretação autêntica da norma posta em análise.

Atualmente⁵⁹⁶, os quatro tribunais que definimos como paradigmáticos contam com suas Súmulas bem estruturadas, valendo a menção: o Supremo Tribunal Federal recopilou 736⁵⁹⁷ verbetes (o último datado de dezembro de 2003), o Superior Tribunal de Justiça pacificou 385⁵⁹⁸ temas (último em junho de 2009), o Tribunal Regional Federal da 2ª Região conta com 52⁵⁹⁹ enunciados (último em 07/04/2009) e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁶⁰⁰ conserva 145⁶⁰¹ verbetes (último em 26/08/2009).

⁵⁹⁵ CPC, art. 479 (...) “Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”.

⁵⁹⁶ Dados confirmados até 29 de agosto de 2009, data da revisão deste texto.

⁵⁹⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumulas_1_a_736.pdf>>, último acesso em: 29/08/2009.

⁵⁹⁸ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>>, último acesso: 29/08/2009.

⁵⁹⁹ Disponível em: <<<http://www.trf2.gov.br/jurisprudencia/SUMULASTRF2.doc>>>, último acesso: 29/08/2009.

⁶⁰⁰ Consideramos para efeitos práticos as “Súmulas do TJ”.

⁶⁰¹ Disponível em:

<<<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE66&LAB=BIBxW>>>

3.5.D.1. A questão “Súmula Impeditiva de Recursos”⁶⁰²

A expressão “Súmula Impeditiva de Recursos” manifesta a “evolução” – ou, ao menos, a atualização – da “Súmula de Jurisprudência Predominante”, construída sobre a nova roupagem e caracterização plástica imposta pelas três ondas de reforma que o tema experimentou.

A primeira onda, instituída pela Lei n° 9.756, de 17 de dezembro de 1998, cuidou de estender e difundir a súmula perante os tribunais superiores, especialmente ao STJ, sendo certo que, quanto às matérias processuais civis de afeição, três orientações foram aplicadas:

“Especialmente no que concerne ao processo civil, três orientações trouxeram legitimidade para as decisões monocráticas exaradas pelo relator: a) permissibilidade para o provimento do agravo de instrumento em recurso especial quando o acórdão recorrido estivesse em confronto com a ‘súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça’⁶⁰³; b) negativa de seguimento de qualquer recurso que esteja em ‘confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’⁶⁰⁴; e, c) provimento de recurso quando “a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”^{605,606}.

A segunda onda de reforma foi introduzida pela Lei n° 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que incidiu sobre o chamado “duplo grau de jurisdição necessário” (também denominado de “reexame obrigatório”), sendo certo que a alteração aplicada ao §3º do art. 475 do CPC, passou a prever: “Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência

EB&PORTAL=1&AMB=INTER&SUMULAxTJ=1&TRIPA=71^0^145&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=&TIPO=71&ATO=145&START=>>, último acesso: 29/08/2009.

⁶⁰² Abstrações do item 4.2, do Capítulo 4, da Segunda Parte de: Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, pp. 199/206.

⁶⁰³ CPC, “Art. 544. (...) § 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.”

⁶⁰⁴ CPC, “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

⁶⁰⁵ CPC, “Art. 557, (...) § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

⁶⁰⁶ Pires, op. cit., *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*, p. 199.

do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

A terceira onda se comprometeu, em dois diplomas reformadores, a um só tempo, cuidar da adequação do tema “súmulas”, tanto em grau de recurso extraordinário (nos termos da Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, o reflexo em grau de “repercussão geral”⁶⁰⁷), quanto em grau de apelação (Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, autoriza o juízo *a quo* a não receber o recurso “quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.” – CPC, art. 518, §1º).

3.5.D.2. Verbetes paradigmáticos da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal

Colaciona-se, como exemplo de verbatim e sua estrutura, o enunciado nº 279 da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal por sua ampla aplicação prática em denegação de recurso extraordinário naquela Corte constitucional. Eis o texto: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

O verbatim foi publicado em 1964, fruto da ratificação de dois julgados constitutivos de seu precedente.

O primeiro, uma Carta Testemunhável julgada em 30 de janeiro de 1924, com redação dada pelo Ministro Guimarães Natal, cuja ementa dispunha: “Não cabe recurso extraordinário da decisão da justiça local que se limitou à apreciação da prova de fatos e à aplicação aos fatos provados das disposições de Lei que os regiam.”⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ Em poucas palavras, a EC nº 45/2004, incluiu no sistema recursal perante o STF, a figura da “repercussão geral” que orienta que somente as questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa podem servir de fundamento para autorizar o julgamento do recurso extraordinário (excepcional e vinculado a ofensa direta a literalidade do texto constitucional), o que o outorga a qualidade de pressuposto de admissibilidade do recurso.

Em referência direta às súmulas, duas situações são mais pertinentes: a um, “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (CPC, art. 543-A, §3º); e, a dois, “A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.” (CPC, art. 543-A, §7º)

⁶⁰⁸ Disponível em: <<

O segundo, Agravo de Instrumento procedente de São Paulo de nº 29.710 (DJ 17/12/1963), relatado pelo Min. Evandro Lins, em que se lia na ementa: “Matéria de prova. Incomportável o seu exame na via extraordinária. Agravo não provido.”⁶⁰⁹.

3.5.D.3. Verbetes paradigmático da Súmula de Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça

Perquirindo similar fundamento do STF, o Superior Tribunal de Justiça elaborou o verbete nº 7 que passou a constar em sua Súmula de Jurisprudência Predominante, cujo fundamento também foi a sua ampla aplicação prática em denegação de recurso especial naquela Casa julgante. Eis o texto: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”.

Sobre a dinâmica, insta lembrar que o tema foi objeto de pacificação pela Corte Especial, em 28 de junho de 1990, como consta do RSTJ v. 16, p. 157, em atenção a uma infinidade de precedentes: RESP nº 674/MS, 12/12/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00191); AgRg no Ag nº 1543/PR, 20/02/1990 (RSTJ v. 00016, p. 00179); AgRg no Ag nº 148/MS, 19/03/1990 (RSTJ v. 00016, p. 00159); RESP nº 305/MS, 19/02/1990 (RSTJ v. 00016, p. 00184); AgRg no Ag nº 1425/RJ, 13/02/1990 (RSTJ v. 00016, p. 00176); AgRg no Ag nº 1232/PR, 20/02/1990 (RSTJ v. 00016, p. 00169); RESP nº 1672/GO, 12/12/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00121); RESP nº 1326/PR, 29/11/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00205); AgRg no Ag nº 824/DF, 21/11/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00165); RESP nº 982/RJ, 31/10/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00201); RESP nº 1412/RJ, 07/11/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00212); RESP nº 943/GO, 24/10/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00199); AgRg no Ag nº 499/SP, 24/10/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00162); RESP nº 290/PR, 02/10/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00181); RESP nº 482/SP, 23/08/1989 (RSTJ v. 00016, p. 00187).

Como amostragem da fundamentação, traz-se à colação o voto vencedor do Min. Eduardo Ribeiro em relatoria do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1543/PR:

⁶⁰⁹ Disponível em: <<

“(...) Na petição de recurso especial, a ora agravante procedeu a exame da prova para sustentar que errara o acórdão ao dar como demonstrado o fato que serviu de base ao decidido. Não se apontou qualquer norma ou princípio legal, pertinente à prova, que houvesse sido violado. Claro está que, com tais elementos, não poderia o especial ser admitido. (...)”⁶¹⁰.

3.5.E. Notas sobre a Súmula Vinculante

A súmula vinculante foi fruto do amadurecimento das súmulas de jurisprudência predominante que, no seio do STF, demonstrara-se, desde a idealização pelo Ministro Victor Nunes Leal, eficiente método de trabalho.

Daí que, repensando o modelo, a Corte Constitucional passou a propor a instauração de um tipo de súmula que ultrapassasse a simples orientação jurisprudencial para, em verdade, definir e compelir a observância por todo o corpo judiciário, isto é, que tivesse uma força extraordinária e fosse dotada de obrigatoriedade.

Assim, dentre as inúmeras emendas constitucionais aplicadas ao texto de 1988, tem especial importância a EC nº 45/2004 (popularmente conhecida como “reforma do judiciário”) e, nesta, o art. 2º que mandava acrescentar ao corpo normativo o art. 103-A⁶¹¹ dando ciência que passava a ser matéria constitucional o que a doutrina denominara de “súmula vinculante”.

A regulamentação constitucional foi seguida pela legislação da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que “disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 1º).

Em síntese, a normatização da súmula vinculante deixa claro que somente o STF pode instituí-las (CRFB/1988, art. 103-A e Lei nº 11.417/2006, art. 2º); sempre em observância “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou

⁶¹⁰ Disponível em: <<

[⁶¹¹ CRFB/1988, “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”.](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=198900128760&dt_publicacao=19/03/1990>>”, último acesso em: 29/08/2009.</p></div><div data-bbox=)

entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (CRFB/88, art. 103-A, §1º e Lei nº 11.417/2006, art. 2º, §1º); tem efeito vinculante (obrigatório cumprimento [*rectius*, aplicação] pelos demais órgãos do Poder Judiciário), é *erga omnes* (relaciona-se a tudo e a todos, ou seja, transborda os limites do individual para atingir o geral) e é dotada de eficácia imediata (produz efeitos tão logo seja instituído o verbete, ressalvado o interesse da matéria sopesada sobre os critérios do interesse público e da segurança jurídica⁶¹²).

Atualmente⁶¹³, o Supremo Tribunal Federal constituiu 16 verbetes em sua Súmula Vinculante, com a aprovação da última em 26 de junho de 2009.

3.5.E.1. Verbetes paradigmático da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal

Integra-se a pesquisa, em nível de exemplo, o enunciado nº 11 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, construído na Sessão plenária de 13 de agosto de 2008 (publicado no D.O.U. de 22/08/2008, p.1), constando o seguinte texto:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”⁶¹⁴.

Insta destacar que a *quaestio iuris* se desdobrou de, ao menos, quatro julgados anteriores que contribuíram em nível de precedentes, a saber: RHC nº 56.465/SP (STF. 2ª Turma. Rel. Min. Cordeiro Guerra. DJ 06/10/1978), HC nº 71.195-1/SP (STF. 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Rezek. DJ 04/08/1995), RHC nº

⁶¹² Lei nº 11.417/2006, “Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.”

⁶¹³ Diga-se: até 29 de agosto de 2009.

⁶¹⁴ Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>>, último acesso em: 29 de agosto de 2009.

89.429-1/RO (STF. 1ª Turma. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJ 02/02/2007) e RHC nº 91.952-9/SP (STF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 19/12/2008).

Em complemento, insta destacar alguns fragmentos do RHC nº 91.952-9/SP que ajudam na plena compreensão do Verbete; conforme se abstrai da ementa:

“ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório.”.

E, prossegue-se com a decisão:

“O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deferiu a ordem de habeas corpus. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falou pelo paciente o Dr. Walter Antônio Dias Duarte e, pelo Ministério Público Federal o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.”.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O método dedutivo impeliu à abordagem inicial do constitucionalismo brasileiro, especialmente para a caracterização da identidade federativa que, fruto de sua efetividade histórico-política, pendeu para o modelo de segregação.

O principal reflexo da instauração da federação nos limites territoriais foi a preocupação com o controle dos poderes estatais (basta a lembrança do antecessor poder moderador que, na primeira Constituição Histórica – 1824 – representava a centralização); e, esta assertiva, tem importância direta para o tema de fundo. Afinal, como se relacionam o executivo, o legislativo e o judiciário?

A melhor resposta foi apresentada em reminiscência a repartição de competências – que, como se assentou, denotaria a estabilidade do sistema -, em que se concebe uma estrutura delineada por atos autorizados pela Lei maior (ao executivo dá-se a administração pública, ao legislativo se entrega a legiferação e ao judiciário se impõe a jurisdição), de sorte que, em matéria processual, somente a

União, por seu corpo legislativo específico, recebe a competência (privativa ou exclusiva) para regulamentar.

Daí conceber que a República Federativa do Brasil tem, contemporaneamente (rememore-se que nem sempre foi assim, uma vez que já se praticara, por força da Carta de 1891, a descentralização legislativa sobre este tema) apenas um Código de Processo Civil, é razoavelmente lógico.

Com a determinação de que o Brasil aceita um único Código de Processo Civil, passou-se a sua caracterização e aos limites ideológicos, cuja intenção primaz seria a alocação do sistema recursal – mormente de suas peculiaridades. Para tanto, restou hialino que o processo civil interno se assenta em quatro pilares: a jurisdição (sendo o instituto legitimador da outorga do poder-dever de administrar a justiça aos juízes de direito - entendidos como órgãos do poder judiciário), a ação, o processo e o procedimento.

O estudo sobre a teoria geral dos recursos auxiliou na compreensão de que o Brasil adota, enquanto filiado ao regime democrático (renova-se a importância da abordagem do modelo constitucional), o duplo grau de jurisdição pelo qual se preocupa com a estabilidade dos julgados (sinteticamente diríamos a reunião compassada entre a segurança jurídica, a efetividade da justiça e a satisfação pessoal da parte).

O passo seguinte conduziu a abordagem para a análise da uniformização de jurisprudência que, embora não tenha natureza recursal (trata-se de um incidente tomado nos tribunais), indubitavelmente tem vínculo estreito com a preocupação de se manter a estabilidade dos julgados pela via da boa [*rectius*, *eskorreita*] interpretação da norma jurídica em face do caso concreto, sempre sobre a ótica da *quaestio iuris*.

O caminho trilhado foi o do detalhamento desta premissa, o que se fez mediante a abordagem da origem no ordenamento jurídico brasileiro, passando pela essência, natureza, cabimento, conceito, finalidade e pressupostos; todos com o condão de firmar a identidade e a particularidade do incidente no limite interno.

Sobre o procedimento, a pesquisa dedicou maior atenção e detalhamento, haja vista que a prática auspicia certas particularidades, tais como a questão da legitimação (do juiz votante, da parte – na qualidade de interessado, ou seja, tanto o recorrente quanto o recorrido – e do Ministério Público – independentemente da função); a forma (escrita) de suscitar o incidente (embora a

questão seja controvertida, especialmente em relação ao momento do pleito); a questão da admissibilidade (passando pela decretação da divergência e o trâmite de formalização); a passagem e a atuação do presidente do tribunal (qual é a raiz semântica deste termo); a questão do julgamento (as sutilezas dos regimentos internos, a renovação da decretação da divergência e a maioria absoluta); os efeitos da decisão (cessação da suspensão e julgamento da questão de fundo); e, a participação do Ministério Público (com ênfase tanto na função de *custos legis* – como exarar seu parecer: oral ou por escrito -, quanto no tratamento dado pelos regimentos internos sobre a oitiva – mormente pelo risco da nulidade de não intimação do órgão).

A própria decisão do incidente remeteu à casuística sobre as súmulas que recebeu tratamento mais aprofundado, especialmente pela importância da autoridade da interpretação consignada em face da estrutura judiciária.

A compreensão desta abstração teleológica somente seria possível se fosse construída uma teia lógica que permitisse partir da origem semântica e prática do instituto, passando pela acepção de método de trabalho hábil a desafogar o Supremo Tribunal Federal para convergir à realidade normativa que, reproduzindo os clamores pretorianos, passou a integrar a realidade dos tribunais, seja por força da criação em cada um, seja pela real aplicação nos casos concretos.

Percebe-se, pois, que a prática passou a legitimar o que a teoria definira, ou seja, o juiz de direito enquanto intérprete autêntico (tomado no sentido de ser aquele responsável por compor os conflitos de interesses mediante a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, sempre sobre os limites dos fatos e do pedido) deveria buscar no ordenamento jurídico a lei (sentido amplo) mais adequada para a situação posta em juízo; e, o faria, mediante o exercício das técnicas de interpretação. Consagrava-se a máxima: o legislativo cria a lei e o judiciário lhe dá vida!

Tal situação gera a crise da pacificação, haja vista que a amplitude do ordenamento e a experiência comum do magistrado podem afastá-lo dos reais limites interpretativos. Eis o ambiente propício para que a uniformização de jurisprudência ganhe sua força e pertinência; enquanto a súmula seu espírito: facilitar o incidente na medida em que deixa perpetuadas as matérias já pacificadas.

Em tom final, passou-se a apresentação das duas modalidades de súmulas acordes pela doutrina, consagradas pela jurisprudência e referendadas pelo

legislativo: a “de jurisprudência predominante” (com as ressalvas tecidas acerca “da impeditiva de recursos”) e a vinculante.

As últimas palavras não têm o condão de encerrar o debate, senão de perpetuar um lema: as súmulas, enquanto resultantes do mecanismo de uniformização de jurisprudência, entregam à sociedade o conhecimento prévio sobre a interpretação autêntica de *quaestio iuris* específica, no mesmo tom que orientam (auxiliam na homogeneização prática do Direito visto como Norma e como Justiça) a produção judiciária no momento de prolatação dos julgados.

CONCLUSÃO DA DISSERTAÇÃO

As linhas finais da pesquisa vêm coroadas com a satisfação de que o critério metodológico proposto desde o início foi rigorosamente cumprido, de sorte que se apresenta um estudo realmente descritivo dos modelos de pacificação de julgados argentino e brasileiro; mas que colaciona elementos para aqueles que necessitem de fontes para um estudo de Direito Comparado.

Para a consecução da tarefa foram necessárias três partes rigorosamente equilibradas, cada uma dotada de sua própria conclusão, que passam a integrar as linhas finais.

Perseguindo a estrutura, insta lembrar que a conclusão do primeiro capítulo se reportou a convergência de três premissas indispensáveis para o esclarecimento dos referenciais teóricos sobre os quais se assentaria a análise de fundo, que se denominou de: ideológicas, críticas e teóricas.

Portanto, em referência a esta parte, abstraiu-se que a primeira premissa teve o condão de firmar o raciocínio lógico de que a sociedade existe porque o homem é um ser gregário, cuja assertiva é tão verdadeira que independe do fundamento, ou seja, pouco importa a discussão se o indivíduo busca a satisfação de sua necessidade individual pelo meio coletivo sempre ligado às virtudes (gênese greco-romana); se detém um sentimento inato de agrupamento que pode ser construído por inspiração divina (naturalismo teológico); ou, se porque busca, pela razão, a associação como forma de proteção contra seus iguais, por medida de conservação da felicidade ou de tutela de seus bens via amparo da propriedade (contratualismo jurídico).

Com a certeza incorporada, definiu-se o ponto angular: a sociedade de homens é uma realidade fática e que foi idealizada (talvez ainda o seja) pelo jusnaturalismo (entenda-se a amplitude do fenômeno, desde as premissas aristotélicas até a rigidez dos contratualistas).

E, esta certeza, lançou a pesquisa a um novo vôo que seguiu a rota do positivismo jurídico, tentando abrandar o grande obstáculo: justificar a possibilidade de uma visão menos rígida que a concepção de total antagonismo para com o jusnaturalismo, em vias de renegar a força normativa das leis naturais.

Do embate, concluiu-se que o positivismo é, em sua essência, a norma posta, ou seja, aquela criada (produzida legislativamente) pelo homem e única capaz de regulamentar as condutas individuais (comportamento), uma vez que é dotada de força coercitiva necessária para fazer valer os seus preceitos, simplesmente porque prevê sanção (sentido de punição) com a possibilidade de exercício da força física.

Neste sentido, o direito positivo seria, numa visão meramente jurídica, o único Direito: a um, porque foi criado pelos homens que compõem a sociedade (fruto da realidade fática daquele grupo em determinado tempo – manifestação do binômio: tempo-espço); e, a dois, que determina sanções fundadas no exercício da força – se necessário -, o que impele ao cumprimento das normas jurídicas.

Assim, as sociedades (especialmente as que se filiam à família romano-germânica) vêm no Direito (positivismo) a forma de regulamentar as condutas dos homens e, por conseqüência, conservar a própria sociedade.

O caminho natural foi o estudo do constitucionalismo demonstrando sua importância para os Estados modernos por pelo menos duas assertivas que surgem da Constituição (objeto de justificativa do movimento): a um, sobre a figura de ser uma norma posta; e, a dois, que todo o ordenamento jurídico buscará nesta norma sua validade.

Tal afirmação encontra guarida, tanto no fundamento histórico, quanto no fundamento positivista; seja porque foi ratificado pelos fatos históricos, seja porque é notório que a Constituição é uma realidade contemporânea e é norma jurídica.

Assim, admite-se a determinação da Constituição como norma posta que materializa o exercício do poder constituinte fundamentado na soberania popular enquanto mecanismo de conservação da democracia que, além de criar o Estado, define os poderes constituídos.

Em se tratando de definição de poderes constituídos, há que se destacar a aceitação, cada vez mais reiterada, dos Estados no que concerne à tripartição de poderes em vias de prestigiar o sistema fulcrado no poder moderado (afastamento – ou diminuição – de atos tirânicos e preservação de atos *pro populi*). Afinal, os atos devem partir e regressar ao povo.

O exercício da tripartição de funções, enquanto matéria constitucional, por um lado prevê a independência entre os poderes nos limites da competência originária; por outro, admite o sistema de freios e contrapesos para manter a prática escoeita desta competência.

O resultado prático se desdobra na intenção de equilibrar as funções públicas e impedir o uso desmedido do poder de um sobre o outro. Eis o embate entre o poder constituinte que cria (criador) e o poder constituído que é criado (criatura).

Regressando às competências originárias, é cediço que cada poder guarda em si sua garantia constitucional: o legislativo recebe o poder para criar leis (função legiferante), o executivo recebe o poder para gerir o interesse público via administração pública nos limites da lei (função administrativa) e o judiciário recebe o poder de julgar (função jurisdicional).

Percebe-se, implicitamente, que todos os fundamentos jurídicos derivam ou retroagem ao texto constitucional, o que define o fenômeno de constitucionalização do Direito enquanto fundado no princípio da interpretação conforme a norma constitucional que avoca, num critério intimista de origem positivista, a figura da norma hipotética fundamental (numa visão kelseniana) que responde pela integridade e unidade de todo o ordenamento, ou seja, a adoção da estrutura escalonada do ordenamento jurídico indica que todas as normas jurídicas (independentemente do plano que se encontrem) devem se compatibilizar com a Constituição que, sempre, estará amparada na norma hipotética fundamental.

Ainda vinculados à construção do positivismo de Hans Kelsen, adentrou-se a segunda premissa que se preocupou em apresentar seis substanciais visões que justificariam a “crise da justiça”; iniciadas, por óbvio, pela lição kelseniana de que não seria perceptível, como critério humano vinculado ao Direito, a busca de uma justiça absoluta; senão uma variável advinda do sentimento de que as “leis” manifestam a vontade do legislador em dado momento histórico, o que admite a justiça relativa, concebida sobre a idéia de ser o valor moral contido na norma que possa trazer a satisfação ao máximo possível de pessoas; bem como o princípio da tolerância como norteador desta busca pela justiça relativa.

O contraponto necessário foi dedicado ao pensamento romano recopilado no Digesto de Justiniano que, por conter valores morais em comunhão com regras de direito, permite a sutil abstração de representar uma variável do

pensamento moderado com traços jusnaturalistas. Afinal, o que se buscaria seria “dar a cada um o que a ele pertence”.

Fomentado o debate de raiz, a pesquisa pendeu às críticas mais específicas, o que se fez colacionando o pensamento de Bonafé-Schmitt que reconhece a inflação normativa; mas, principalmente, o excesso de processos que se avolumam nos corredores forenses em função da mudança de paradigma social sintetizado pela idéia de que o homem foi alçado, pelas contingências, a condição de litigante em potencial. Daí porque conclama a sociedade ao movimento de “desjuridização”, entendido como o afastamento das controvérsias do poder judiciário que, por ser demasiadamente formal e estar afogado em excesso de processos, não consegue entregar a tutela jurisdicional no sentido de fazer justiça; pelo que defende a instituição da mediação como mecanismo hábil de diminuir a crise (diga-se: via difusão das *“Boutiques de Droit”*).

Em seguida, passou-se a análise da doutrina de Georges Ripert e sua crítica à instabilidade do ordenamento jurídico por força de um falso argumento de que as inovações científicas obrigam a atualização célere e incondicionada das leis. Em verdade, para o jurista francês, as leis quanto mais antigas, melhor são cumpridas.

De Piero Calamandrei emprestou-se sua “crise da desconfiança” construída sobre a real situação de que os modelos latinos pendem a constituir um sistema que defende a prevalência do sofismo e da arte da retórica em detrimento da busca da verdade real. Daí que os operadores do direito se tratam com desconfiança e, por conseguinte, a boa justiça não é prestada.

Não por acaso, o segundo grupo foi encerrado com o pensamento de Mauro Cappelletti – e, em certo tom, extensível a Bryant Garth, quando se fala na obra “Acesso à Justiça” -, especificamente pela lucidez de sua análise sobre o acesso à justiça que permitiu, em remissão a terceira onda, construir um fundamento lógico para abordagem da atuação prática do judiciário em referência à “crise da justiça”: a idéia de “agigantamento do poder judiciário”.

Nestes termos, quando se falou de “agigantamento do poder judiciário”, forçosamente o estudo enveredou para o exercício da jurisdição (em detrimento a qualquer outra atividade estatal) e, por conseguinte, a decisão judicial passou a ser o principal fenômeno de abordagem.

Com a pesquisa, que ora se conclui, não foi diferente, conforme se abstrai da terceira parte do capítulo que se preocupou em apresentar o “julgado”.

Para compreensão plena, enveredou-se pela seara dos limites da decisão judicial para, primeiramente, promover-lhe a identificação; e, passo seguinte, caminhar no sentido de que tais atos criam direitos, ou seja, o juiz quando profere a decisão judicial cria o direito do caso concreto, uma vez que faz convergir a lei geral para a situação real da vida social; e, esta constatação, por si só, já esclarece que se trata do exercício da interpretação e, não, da legiferação. Portanto, o juiz de direito é intérprete autêntico, mas não legislador.

Assim, se aceitar-se que o juiz “cria o direito do caso concreto” quando faz convergir a lei geral para a situação sub-júdice, estar-se-á diante do comando de que o exercício da jurisdição, além de perquirir a justiça (tomada nos valores morais da norma jurídica), deve se assentar em decisões judiciais igualitárias⁶¹⁵ que permitam a certeza de que os casos similares serão resolvidos similarmente; e, tal situação, somente é possível quando os tribunais uniformizam seus entendimentos.

Eis a conclusão lógica: a uniformização dos entendimentos dos tribunais afasta a crise da justiça no sentido de decisões díspares [*rectius*, divergentes], pacificando e tranqüilizando a sociedade que, antes mesmo da demanda, já sabe qual é a interpretação convergente para aquele caso suscitado. Daí porque se conclama o judiciário a “pacificar os julgados”.

A determinação dos referenciais teóricos construído sobre as premissas permitiu a convergência da análise de fundo, ou seja, a necessidade de se pacificar os julgados, no sentido de que as decisões judiciárias devem caminhar unissonamente para o mesmo destino interpretativo. Neste caminho surgiu uma encruzilhada que obrigava a cisão da abordagem, de sorte que o capítulo 2 enveredou para o modelo argentino, enquanto que o capítulo 3 pendeu para o sistema brasileiro.

Por certo, as primeiras linhas do capítulo 2 davam ciência de que a abordagem partiria do geral para o específico; e, assim se fez...

⁶¹⁵ O capítulo, por este argumento, invocou a abordagem dos atos do juiz de direito, tanto no sistema brasileiro (despachos, decisões interlocutórias e sentenças), quanto no modelo argentino (as várias manifestações das “*sentencias*”).

Na primeira parte, a ênfase recaiu sobre o constitucionalismo argentino, em vias de se entender as particularidades de sua federação (com reflexos na sua gênese como confederação) que se constituiu após árduos embates, sendo certo que a intenção era a de identificar a estrutura de poder e os critérios (já evoluídos para os dias atuais) de repartição de competências que permitisse o convívio normativo harmônico entre o estado federal (*La Nación*) e os estados provinciais (*Las Provincias*). Afinal, neste sistema, cada província pode, além de criar sua própria Constituição, legislar sobre matéria processual civil mediante a instituição de Códigos que prevejam, inclusive, formas distintas para conhecer da pacificação de julgados.

Com a identificação geral do modelo constitucional argentino, pendeu-se ao estudo dos aspectos processuais civis, em vias de sedimentar os institutos e convergir à análise, de uma forma ordenada, para a seara recursal.

Assim, firmou-se a base sólida de que o sistema se filia à família Romano-germânica e, por conseguinte, adota o positivismo como principal gestão das condutas, o que significa dizer que a lei (em sentido geral) passa a ser a principal fonte do Direito. A conclusão é bem lógica: a legislação processual civil ganha força imperativa no modelo.

Portanto, o Código de Processo Civil, aliado às normas correlatas, se compromete a regulamentar o tema, qual seja: a pacificação de julgados. Mas, qual é a extensão desta afirmação, uma vez que a Argentina aceita a adoção de vinte e cinco “Códigos Processuais” (um federal, um da “*Ciudad Autónoma de Buenos Aires*” e um para cada uma das vinte e três províncias)?

Para a resposta e sua eficácia, preferiu-se o enfrentamento apenas da legislação federal com maior dedicação ao *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, em detrimento de qualquer outro independente de suas particularidades.

Com a evolução da identidade da pesquisa, enveredou-se pelo estudo da estrutura recursal, o que se fez destacando a prevalência da *double instancia* (apegada à permissão de interposição de inúmeros recursos classificados como ordinários e extraordinários) enquanto mecanismo hábil de conservação da segurança jurídica por previr e assegurar à parte o direito ao reexame das sentenças, especialmente as consideradas definitivas. Eis o espírito dos recursos: afastar ou, ao menos, diminuir a ocorrência de *errores* advindos da falibilidade humana.

A constatação permitiu o ambiente propício para o aprofundamento da abordagem mediante o estudo convergente do *recurso de inaplicabilidad de la ley*, cuja divisão da análise, em duas partes, foi a principal preocupação: uma dedicada aos aspectos gerais e técnico-teóricos (conceito, finalidade, objeto, requisitos e interesse) e outra aos aspectos práticos (procedimento com lastro nos dispositivos específicos – CPCyCN, art. 288 ao art. 303, cuja preocupação também se cingiu à demonstração de dois tipos de procedimentos: um regular – iniciado pela parte prejudicada –; e, outro de iniciativa da própria Câmara – “*autoconvocatoria*”).

Destacou-se que este recurso extraordinário se preocupa com a determinação da doutrina legal obrigatória a ser aplicada (impreterivelmente, pelos juízes vinculados - sentido de competência hierárquica - ao órgão prolator), que é definida pela Câmara reunida em plenário após a declaração da maioria impessoal dos *camaristas*, por convocação do presidente, em vias de pacificar os entendimentos sobre a questão específica de direito (afastando as questões, fática e probatória).

Em seqüência, partiu-se para a casuística que repousa sobre os *fallos plenarios*, especificamente às questões de ordem prática; de sorte que nos foi possível a certeza de que é sobre eles que se assenta a *doctrina legal aplicable*.

As linhas finais do capítulo permitiram a afirmação de que o *recurso de inaplicabilidad de la ley* é o responsável pela pacificação dos julgados, mediante a uniformização dos pensamentos dos *camaristas* acerca de uma específica questão de direito que, após a deliberação, se torna obrigatória.

O exaurimento da abordagem sobre o modelo argentino de pacificação de julgados alçou à análise do sistema brasileiro, o que se fez no capítulo 3, perseguindo o mesmo critério do texto anterior: a conservação do método dedutivo, que impeliu à abordagem inicial do constitucionalismo, especialmente para a caracterização da identidade federativa que, fruto de sua efetividade histórico-política, pendeu para o modelo de segregação.

O principal reflexo da instauração da federação nos limites territoriais foi a preocupação com o controle dos poderes estatais (basta a lembrança do antecessor poder moderador que, na primeira Constituição Histórica – 1824 – representava a centralização); e, esta assertiva, tem importância direta para o tema de fundo. Afinal, como se relacionam o executivo, o legislativo e o judiciário?

A melhor resposta foi apresentada em reminiscência a repartição de competências – que, como se assentou, denotaria a estabilidade do sistema -, em que se concebe uma estrutura delineada por atos autorizados pela Lei maior (ao executivo dá-se a administração pública, ao legislativo se entrega a legiferação e ao judiciário se impõe a jurisdição), de sorte que, em matéria processual, somente a União, por seu corpo legislativo específico, recebe a competência (privativa ou exclusiva) para regulamentar.

Dáí conceber que a República Federativa do Brasil tem, contemporaneamente (rememore-se que nem sempre foi assim, uma vez que já se praticara, por força da Carta de 1891, a descentralização legislativa sobre este tema) apenas um Código de Processo Civil, é razoavelmente lógico.

Com a determinação de que o Brasil legitima um único Código de Processo Civil, passou-se a sua caracterização e a determinação dos limites ideológicos, cuja intenção primaz seria a alocação do sistema recursal; e, por este, as suas peculiaridades. Para tanto, restou hialino que o processo civil interno se assenta em quatro pilares: a jurisdição (sendo o instituto legitimador da outorga do poder-dever de administrar a justiça aos juízes de direito - entendidos como órgãos do poder judiciário), a ação, o processo e o procedimento.

O estudo sobre a teoria geral dos recursos auxiliou na compreensão de que o Brasil adota, enquanto filiado ao regime democrático (renova-se a importância da abordagem do modelo constitucional), o duplo grau de jurisdição pelo qual se preocupa com a estabilidade dos julgados (sinteticamente dir-se-ia a reunião compassada entre a segurança jurídica, a efetividade da justiça e a satisfação pessoal da parte).

O passo seguinte conduziu a abordagem para a análise da uniformização de jurisprudência que, embora não tenha natureza recursal (trata-se de um incidente tomado nos tribunais), indubitavelmente tem vínculo estreito com a preocupação de se manter a estabilidade dos julgados pela via da boa [*rectius*, *eskorreita*] interpretação da norma jurídica em face do caso concreto, sempre sobre a ótica da *quaestio iuris*.

O caminho trilhado foi o do detalhamento desta premissa, o que se fez mediante a abordagem da origem no ordenamento jurídico brasileiro, passando pela essência, natureza, cabimento, conceito, finalidade e pressupostos; todos com o condão de firmar a identidade e a particularidade do incidente no limite interno.

Sobre o procedimento, a pesquisa dedicou maior atenção e profundidade, haja vista que a prática auspicia certas particularidades, tais como a questão da legitimação (do juiz votante, da parte – na qualidade de interessado, ou seja, tanto o recorrente quanto o recorrido – e do Ministério Público – independentemente da função); a forma (escrita) de suscitar o incidente (embora a questão seja controvertida, especialmente em relação ao momento do pleito); a questão da admissibilidade (passando pela decretação da divergência e o trâmite de formalização); a passagem e a atuação do presidente do tribunal (qual é a raiz semântica deste termo); a questão do julgamento (as sutilezas dos regimentos internos, a renovação da decretação da divergência e a maioria absoluta); os efeitos da decisão (cessação da suspensão e julgamento da questão de fundo); e, a participação do Ministério Público (com ênfase tanto na função de *custos legis* – como exarar seu parecer: oral ou por escrito -, quanto no tratamento dado pelos regimentos internos sobre a oitiva – mormente pelo risco da nulidade de não intimação do órgão).

A própria decisão do incidente remeteu à casuística sobre as súmulas que recebeu tratamento mais aprofundado ainda, especialmente pela importância da autoridade da interpretação consignada em face da estrutura judiciária.

A compreensão desta abstração teleológica somente seria possível se fosse construída uma teia lógica que permitisse partir da origem semântica e prática do instituto, passando pela aceção de método de trabalho hábil a desafogar o Supremo Tribunal Federal para convergir à realidade normativa que, reproduzindo os clamores pretorianos, passou a integrar a realidade dos tribunais, seja por força da criação em cada um, seja pela real aplicação nos casos concretos.

Percebe-se, pois, que a prática passou a legitimar o que a teoria definira, ou seja, o juiz de direito enquanto intérprete autêntico (tomado no sentido de ser aquele responsável por compor os conflitos de interesses mediante a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, sempre sobre os limites dos fatos e do pedido) deveria buscar no ordenamento jurídico a lei (sentido amplo) mais adequada para a situação posta em juízo; e, o faria, mediante o exercício das técnicas de interpretação. Consagrava-se a máxima: o legislativo cria a lei e o judiciário lhe dá vida.

Tal situação gera a crise da pacificação, haja vista que a amplitude do ordenamento e a experiência comum do magistrado podem afastá-lo dos reais limites interpretativos. Eis o ambiente propício para que a uniformização de jurisprudência ganhe sua força e pertinência; enquanto a súmula seu espírito: facilitar a resolução do incidente na medida em que deixa perpetuadas as matérias já pacificadas.

Convergentemente, passou-se a apresentação das duas modalidades de súmulas acordadas pela doutrina, consagradas pela jurisprudência e referendadas pelo legislativo: a “de jurisprudência predominante” (com as ressalvas tecidas acerca “da impeditiva de recursos”) e a “vinculante”.

As últimas palavras do capítulo não têm o condão de encerrar o debate, senão de perpetuar um lema: as súmulas, enquanto resultantes do mecanismo de uniformização de jurisprudência, entregam a sociedade o conhecimento prévio sobre a interpretação autêntica de *quaestio iuris* específica, no mesmo tom que orientam (auxiliam na homogeneização prático do Direito visto como Norma e como Justiça) a produção judiciária no momento de prolatação dos julgados.

Em tom final, percebe-se que o fechamento da dissertação somente é possível pela junção da conclusão de cada capítulo em separado (especialmente por restrição metodológica sobre a aplicação das técnicas de Direito Comparado); embora, ao menos uma certeza mereça ser destacada: a pacificação de julgados, independentemente se via *recurso de inaplicabilidad de la ley*, ou por uniformização de jurisprudência, responde por parte da solução da “crise da justiça”, uma vez que uniformizam os entendimentos dos tribunais convocados ao debate sobre determinada *quaestio iuris*, o que estabiliza o sistema judiciário, seja porque se têm, desde então, decisões concorrentes para o mesmo fim (a interpretação única da lei permite maior equidade nas decisões judiciais), seja como critério de educação preventiva construída pelo conhecimento pretérito do pensamento da corte (interpretação autêntica anterior da norma jurídica nos limites da vida social).

Assim, num caso ou noutro, ter-se-ia a satisfação da sociedade, na figura dos envolvidos, ou seja, na visão prática, com o bom exercício da jurisdição, uma vez que a entrega da tutela será feita partindo de parâmetro único que resguarda a certeza de tratamento uníssono para os casos assemelhados (afasta-se o sentimento de “injustiça” por tratamento diferenciado entre os iguais); enquanto

que na visão teórica, pende a diminuir as demandas, haja vista que o conhecimento do pensamento do tribunal ajuda na interpretação da lei e, por conseguinte, no bom cumprimento das obrigações sociais parametrizadas nestas normas jurídicas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.* 14 ed. Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático, 1870.

ÁLVAREZ, Eduardo Mario Martínez. *La jurisdicción.* Em, Revista Conceptos. Ano 66. nº 2. Mar. / abr. 1991.

_____. *Responsabilidad del Abogado Derivada de la Caducidad de la Instancia.* Em, Revista Conceptos. Ano 70. nº 5. set. / out. 1995; pp. 17/21.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos: Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano.* V.1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* V.1. 11 ed. São Paulo: RT, 2007.

ANDRADE E SILVA, José Justino. *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa Compilada e Anotada.* Lisboa: Imprensa de J.J.A. Silva, 1854.

AQUINO, Santo Tomás. *Súmula Contra os Gentios.* Trad. Luiz João Baraúna. In, Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ARAZI, Roland; ROJAS, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Comentado y Anotado.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1976.

ARISTÓTELES. *A Política.* In, “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural; 2000.

_____. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nasseti. 3 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BIDEGAIN, Carlos Maria. *Curso de Derecho Constitucional*. v. 1. Revista e Atualizada por Eugenio Luis Palozzo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

_____, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, et al. São Paulo: Ícone, 2006.

_____, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. São Paulo: EDIPRO, 2005.

_____, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Maria Celeste Leite dos Santos. 1 ed. 2 reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estúdios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAFÉ-SCHIMITT, Jean Pierre. *Las Justicias de lo Cotidiano: los modos formales e informales de regulación de los pequeños conflictos*. Tradução e adaptação: F. J. Caballero Harriet e A. I. Irizar Gomez. Espanha: Laboratório de Sociologia Jurídica, 1988.

_____, Jean Pierre. *Les Boutiques de Droit*. Em, Informations Sociales. Paris, nº 22, 1992.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Em, Código de Processo Civil. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *A Crise da Justiça*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

_____, Piero. *También los Jueces son Hombres*. Em, CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. V. 3. Tradução para o espanhol: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16 ed. V.2. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. 1 reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret: 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Manual de Derecho Constitucional*. 1 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Em, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Org. Eduardo Mario Martínez Álvarez. Buenos Aires: Victo P. de Zavalía, 2008.

FALCÓN, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Anotado, Concordado y Comentado*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editorial, 2005.

FENOCHIETO, Carlos Eduardo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales*. Tomo 2. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. 11 ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid: editorial Trotta, 2001.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal Constitucional – Amparo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. V.2. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIGTON, Elena I., et. al.; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Tomo 5. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

JULIÁ, Luis Álvarez; NEUSS, Germán R. J.; WAGNER, Horacio. *Manual de Derecho Procesal*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1992.

KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. Tradução: Sérgio Tellaroli. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão: Alexandre Krug. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O Problema da Justiça*. Tradução: João Baptista Macedo. 4 ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Que é Justiça?* Tradução: Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luis Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Comentado y Anotado*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

LEAL, Victor Nunes. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Em, *Revista de Direito Administrativo*. Nº 145. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set. 1981; pp. 1-21. Indexação: RDA 145: 1-21; p. 10.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De Palma, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tradução: Santiago Mentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1980.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo Civil*. Tradução: Cid Knipell Moreira. Londres: Everyman's Library, 1966.

LOSANO, Mario G. *Prefácio a Edição Italiana*. Em, KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Tradução: João Baptista Macedo. 4 ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Carta de Maquiavel a Francesco Vettori – 10/12/1513*. Tradução: Olívia Bauduh. Rio de Janeiro: Editora Abril Cultural, 2000.

_____, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução: Olívia Bauduh. Rio de Janeiro: Editora Abril Cultural, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V.1. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V.3. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARTINS, Carlos Estevam. *Nicolau Maquiavel: Vida e Obra*. Em, MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução: Olívia Bauduh. Rio de Janeiro: Editora Abril Cultural, 2000.

MATTOS, Carlos Lopes de. *Tomás de Aquino: Vida e Obra*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* [1939]. Tomo XI. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* [1973]. Tomo VI. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* [1973]. Tomo VII. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MONTEIRO, Rodrigo Bentes. Em, *Revista Tempo*. Departamento de História da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2003.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4 ed. V.5. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 18 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

PAULA, Vera Cecília Abagge de. *Aspectos do Relativismo da Soberania: Contribuição ao Estudo*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, América do Sul, 33 7 07 2005.

PIRES, Alex Sander Xavier; OLIVEIRA, Francisco de Assis. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____, Alex Sander Xavier; OLIVEIRA, Francisco de Assis. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____, Alex Sander Xavier. *Direito Sumular: Construindo uma Teoria*. Rio de Janeiro: S/Ed.; 2009.

_____, Alex Sander Xavier; et. al. *Sistema de Antecipação de Tutela – A Antecipação de Tutela por seus Fenômenos Processuais*. Rio de Janeiro: S/Ed., 2008.

RIPERT, Georges. *Evolução e Progresso do Direito*. Em, A Crise da Justiça. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

RISCAL, Sandra Aparecida. *O conceito de soberania em Jean Bodin: um estudo do desenvolvimento das idéias da Administração Pública, Governo e Estado no século XVI*. Tese de Doutorado defendida em junho de 2001, perante a Faculdade de Educação da universidade Estadual de Campinas. Orientadora: Raquel Pereira Chainho Gandini.

ROCHA, José de Moura. *A Importância da Súmula*. Em, Revista Forense. Trim. Nº 257. Rio de Janeiro: Forense, 1977; pp. 91-98.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SADEK, Maria Tereza. *Nicolau Maquiavel: O Cidadão Sem Fortuna, O Intelectual de Virtú*. Em, Os Clássicos da Política. Organizador: Francisco C. Weffort. São Paulo: Editora Ática, 1991.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo I. 3 ed. Buenos Aires: Ástrea, 2001.

Superior Court of the District of Columbia – U.S.A. *Multi-Door Dispute Resolution Division: Program Summary – 2002*, mimeo.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. V.3. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Súmula e sua Evolução no Brasil*. Revista de Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 179, ano 24, p. 15-34, nov./dez. 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANEXO I – FALLO PLENARIO PARADIGMÁTICO: “MURGUÍA, ELENA JOSEFINA C/ GREEN, ERNESTO BERNARDO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”

Poder Judicial de La Nación. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

HONORARIOS. Base regulatoria. Transacción. Conciliación. Oponibilidad a terceros. (PLENARIO)

La transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo.

Fallo completo publicado en: eDial.com del 12/10/2001.

MURGUIA, Elena Josefina c/ GREEN, Ernesto Bernardo s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

P CI0000 CF P014161 02-10-01

Disponível em:

<<http://www.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=14898&CI=INDEX100>>

Último acceso: 12 de agosto de 2009.

En Buenos Aires, a los 2 días del mes de octubre de 2001, en los autos caratulados “Murguía, Elena Josefina c/ Green, Ernesto Bernardo s/ Cumplimiento de contrato”, reunidos en Acuerdo Plenario los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 298 del Código Procesal, en los términos de la votación efectuada en el Acuerdo Plenario celebrado el día 12 de junio de 2001 y con el objeto de exteriorizar los fundamentos de la doctrina legal aplicable respecto de la siguiente cuestión:

“Si la transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”.-

La mayoría en forma impersonal, dijo:

La transacción es un contrato que puede tener proyecciones procesales. (conf. Colombo, Carlos J. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo II, pág. 641). En tal sentido, el Código Civil la regula como un modo de extinción de las obligaciones, y la define en su art. 832 como “un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”. Y en el Código Procesal, se encuentra dentro de los modos anormales de terminación del proceso (art. 308).-

El efecto vinculatorio de la transacción y sus consecuencias se producen entre los titulares de la relación jurídica, o sea el acreedor y el deudor, que son los destinatarios del efecto directo del contrato, el cual una vez obtenido, todos están obligados a respetarlo y obrar en consecuencia. Pues los efectos indirectos de la transacción se producen respecto de todos los terceros a quienes es oponible y por quienes resulta invocable (conf. López de Zavalía, Fernando J., "Teoría de los Contratos, Parte General", Buenos Aires, 1971, Zavalía, página 289).-

Es que si bien los contratos no pueden perjudicar a terceros, y aún más, no pueden oponerse a terceros (en el sentido de crearles obligaciones), ni invocarse por ellos (en el sentido de generarles derechos), aquéllos deben respetar los contratos que les son extraños, y cuidarse de no interferir en el derecho de crédito que éstos contienen. El fundamento de la oponibilidad está dado por el respeto debido a toda relación crediticia ajena que impone la convivencia social jurídicamente reglada. (conf. Bueres, Alberto J. - Highton, Elena I. "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Tomo 2B, pág. 285).-

Las disminuciones patrimoniales derivadas de contratos son así oponibles a los terceros en tanto no resulten atacables por simulación o fraude (conf. Llambías, Jorge Joaquín - Alterini, Atilio A. "Código Civil Anotado", Tomo III-A, pág. 130). Es que el carácter de acto formal solemne de la transacción no impide verificar su existencia oculta, en tanto las proyecciones de la respectiva normativa (art. 955 y siguientes del Código Civil) no se detienen ante la solemnidad del acto en cuestión.-

De ahí que, si las partes en el proceso arriban a una transacción que pone fin al litigio, los efectos jurídicos se producen entre quienes transigieron, al modificarse la relación jurídica preexistente como efecto directo de la transacción, y los efectos indirectos se producen, con todos los terceros, incluso los profesionales que asistieron a uno de los litigantes y no intervinieron en el acuerdo (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Carluccio, Jorge Agustín y otro s/ Apremio", del 20/8/91).-

Así como la sentencia constituye un típico acto procesal, la transacción de derechos litigiosos, que es un acto jurídico bilateral de derecho civil, es también acto procesal, título ejecutorio equiparado a la sentencia (arts. 850 del Código Civil y 500 inc. 1º del Código Procesal). Y como tal, ofrece suficiente seguridad como para que el legislador la seleccione a fin de determinar el monto de

la regulación de honorarios por actuación judicial, que no puede ser distinto para quienes no intervinieron en ella. Pues de admitirse que la transacción no les es oponible a los terceros, tampoco podrían invocarla como culminación del proceso (art. 1199 del Código Civil), con lo cual se llegaría a una solución absurda.-

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “De Sousa, Daniel O c/ Empresa de Obras Sanitarias de la Nación” del 27/10/92 (T.315, p.2575), sostuvo “Que los aranceles vinculan normalmente la base sobre la que ha de regularse el honorario, no solo con el valor disputado, sino también con el modo de terminación del proceso ...Es claro, cuando hay acuerdo entre las partes, que su efecto sobre los honorarios no es un problema de los que se gobiernan por la legislación civil sobre contratos, sino que deben acatarse las leyes que específicamente regulan la materia, y que se refieren a ellos. Por ello, como regla carece de sentido señalar que los profesionales sean terceros a los que el acuerdo no es oponible. Ello no empece a que, por otro lado, se aduzca y pruebe, en algún caso, el carácter fraudulento y doloso del acuerdo, destinado no a reglar los intereses de las partes, sino a burlar la justa retribución de los profesionales, situaciones que por su carácter requieren la adecuada prueba. Que, por otro lado, la razón del legislador en la redacción de los textos que rigen la materia, es clara si se atiende a que, de lo contrario se desalentaría a las partes que deseen arribar a un acuerdo, encareciendo y prolongando juicios innecesariamente, con el consiguiente costo social”.-

En orden a lo expuesto, si no existe elemento de juicio que autorice a concluir que el convenio transaccional que dio fin al proceso fue simulado en cuanto al monto, resulta irrelevante que el profesional que ha solicitado regulación de honorarios no haya intervenido en su celebración, pues participa del espíritu que informa el art. 19 del arancel, de que los abogados y procuradores obtengan su retribución en una proporción ligada al resultado final del pleito, por la accesoriedad que caracteriza su participación profesional (conf. C.N.Civ., Sala “C”, septiembre 1^o-1992, r. 88.719, *in re* “Nardini de Alisente, Miriam C. c/ Inst. de Serv. Sociales Bancarios y otros/Daños y Perjuicios”).-

Es que a los efectos regulatorios un juicio es una unidad jurídica, lo que equivale a decir que tiene, en definitiva, un sólo monto pecuniario y por ende no puede haber dos bases regulatorias diferentes según sea que el letrado haya o no intervenido en el acto transaccional.-

Por otra parte, esta interpretación guarda congruencia con la norma que emerge del último párrafo del art. 505 del Código Civil, t.o. ley 24.432, en cuanto dispone “que la responsabilidad por el pago de las costas incluidos los honorarios de los profesionales de todo tipo ...no excederá el veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo...”.-

En definitiva, la transacción como acto asimilable a la sentencia no sólo produce la terminación del proceso sino que delimita su carácter pecuniario, y por ende, su base regulatoria para todos los profesionales que han actuado en él.-

Por estas consideraciones, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal): SE RESUELVE:

“La transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”.-

-Fdo. Juan Carlos G. Dupuis (con ampliación de fundamentos), Fernando Posse Saguier (en disidencia), Leopoldo Montes de Oca (en disidencia y con ampliación de fundamentos), Ana María Luaces, Hugo Molteni, Jorge Escuti Pizarro, Gerónimo Sansó, Félix R. de Igarzábal, Jorge H. Alterini (por sus fundamentos), José Luis Galmarini (por sus fundamentos), Alberto J. Bueres, Eduardo M. Martínez Álvarez, Osvaldo D. Mirás (con ampliación de fundamentos), Mario P. Calatayud (con ampliación de fundamentos), Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia y por sus fundamentos), Ricardo Burnichón (en disidencia), Carlos A. Bellucci (en disidencia y con ampliación de fundamentos), Roberto E. Greco (en disidencia y por sus fundamentos), Marcelo J. Achával (en disidencia), Claudio M. Kiper, Julio Ojea Quintana, Delfina M. Borda, Eduardo L. Fermé, Ana María Brilla de Serrat, Mario Molmenti (en disidencia), Carlos R. Degiorgis, Gladys Stella Álvarez, Carlos R. Sanz.-

La minoría, en forma impersonal, dijo:

El principio dispositivo sobre cuya base se estructura el proceso en el marco del derecho privado, otorga amplias potestades a las partes, a quienes permite, salvo contadas excepciones, poner inclusive fin al propio litigio a través de actos procesales que, por su contenido y naturaleza, se inscriben en forma neta dentro de la dinámica de las instituciones contractuales, regidas por el Código Civil y a cuyas reglas cabe remitirse a la hora de establecer sus efectos, punto sobre el que coincide pacíficamente la doctrina especializada (conf. Colombo, Carlos J., “Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado”, Buenos Aires, 1975, Abeledo-Perrot, tomo II, página 640 y subsiguientes; Fassi, Santiago C. y Yáñez, César D., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado”, Buenos Aires, 1989, Astrea, Tomo 2, página 610 y subsiguientes; Fenchietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Buenos Aires, 1993, Astrea, tomo 2, página 17 y subsiguientes; Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, 1993, Rubinzal Culzoni, Tomo 7, página 52 y subsiguientes).-

Por lo tanto, el acuerdo transaccional labrado sin participación del o de los profesionales que asistieron a las partes, convierte a éstos en terceros, de conformidad con las directivas genéricas contenidas en los artículos 1195 y 1199 del Código Civil, sobre las que se apoya el art. 851 del mismo cuerpo legal, al referirse específicamente a las transacciones. Es que, si bien es asimilable a la sentencia por sus efectos, el valor allí establecido para el pleito sólo tiene vigencia a los fines regulatorios con respecto a los profesionales que han intervenido en ese acto (conf. Llambías, Jorge Joaquín, “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, 1983, Abeledo Perrot, tomo II, página 835), pero ello no puede comprender a los letrados que asesoraron a las partes en otras etapas del proceso y que no tuvieron participación en el acto que le puso fin. De lo contrario, dichos terceros podrían verse afectados en sus derechos por el convenio realizado (conf. C.S.J.N., *in re* “Asociación Trabajadores del Estado c/ Provincia de San Juan”, del 28/3/2000, Fallos, tomo 323, página 677), conclusiones que resultan aplicables a todos los profesionales que intervinieron en un pleito.-

Se trata del lógico corolario de la relatividad consagrada en el art. 503 del Código Civil para los actos jurídicos en general, directriz que, trasladada al plano contractual, dentro del cual se ubica con claridad la transacción (como quedó dicho y sin perjuicio de sus proyecciones procesales, claro está), determina que este tipo negocial no puede perjudicar a terceros, toda vez que al igual que en los demás actos jurídicos, los efectos de los contratos se producen exclusivamente entre las partes. Entre sus consecuencias jurídicas se distinguen los efectos directos, o sea aquéllos que las partes quieren producir, respecto de los cuales rige el principio de relatividad, de los efectos indirectos o reflejos, que son los que de hecho, en forma

material, inciden sobre los terceros (conf. López de Zavalía, Fernando J., "Teoría de los Contratos, Parte General", Buenos Aires, 1971, Zavalía, páginas 279/280). El perjuicio a éstos a que se refiere la norma legal citada es el que producen los efectos directos. En consecuencia, entre los terceros no interesados en el acto se distinguen aquéllos cuyo derecho subjetivo se vería afectado si el contrato fuera eficaz, de los *penitus extranei*, que pueden experimentar un perjuicio meramente indirecto. Sólo respecto a los primeros el acto resulta inoponible. Es el caso del abogado cuyo derecho al cobro de honorarios se mantiene inalterable frente a los acuerdos celebrados por las partes en los que no ha intervenido (conf. Lavalle Cobo, Jorge E., en Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, 1984, Astrea, tomo 5, páginas 882/883).-

Así lo ha entendido nuestro Máximo Tribunal, al sostener que de adoptarse otro temperamento, se configuraría un menoscabo del derecho a la justa retribución consagrado en el art. 14 de la Carta Fundamental (conf. C.S.J.N., *in re*, "García, Carlos José y otro c/ Obras Sanitarias de la Nación", del 9/10/90).-

Por ende, es claro que el referido valor asimilable a la sentencia que, a los fines de su ejecutoria y al establecimiento de la cosa juzgada, se atribuye a estos modos anormales de terminación del proceso, no permite alterar su emitente naturaleza negocial, por la cual el acuerdo así instrumentado establece una relación jurídica entre quienes participaron en él y exclusivamente entre ellos se extinguirá o modificará la relación jurídica preexistente. No pueden las partes que integraron dicha declaración de voluntad común perjudicar a los terceros con los efectos directos de sus estipulaciones, ya que tal proceder se encuentra expresamente vedado por la normativa que regula la materia.-

Tales conclusiones no permiten afirmar, sin embargo, que el monto de la demanda determine *sine qua non* la base regulatoria en el pleito, toda vez que las normas arancelarias otorgan al juzgador un amplio margen de discrecionalidad al respecto.-

En orden a los fundamentos expuestos, se impone una respuesta negativa al interrogante de esta convocatoria.-

Por estas consideraciones, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal): SE RESUELVE:

“La transacción o conciliación que pone fin al pleito es inoponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”.-

Fdo. Fernando Posse Saguier, Leopoldo Montes de Oca (con ampliación de fundamentos), Elena I. Highton de Nolasco (por sus fundamentos), Ricardo L. Burnichón, Carlos A. Bellucci (con ampliación de fundamentos), Roberto E. Greco (por sus fundamentos), Marcelo J. Achával, Mario Molmenti.-

Fundamentos de los Dres. Jorge Horacio Alterini y José Luis Galmarini que sustentan la conclusión afirmativa mayoritaria: I.-Antes de regir la norma del párrafo final del art. 505 del Cód. Civil agregado por la ley 24.432, la cuestión sometida a decisión del Tribunal en pleno era opinable. Precisamente por la falta de solución expresa en la ley de fondo, la Sala sostuvo en el pasado, que a los efectos de la determinación de la base legal regulatoria para el cálculo de los honorarios debía acudirse al monto reclamado en la demanda, actualizado, prescindiéndose del acuerdo que daba por terminado el pleito. Sin embargo, la rigidez de la solución fue matizada, frente a las particulares circunstancias de cada caso (art.16 *in fine* del Cód.Civ.) a partir de la causa R.85.946, del 21 de mayo de 1991 y hasta se llegó a aplicar lisa y llanamente el monto de la transacción en la causa R.88.719 del 1º de septiembre de 1992.-

A partir de la publicación de la ley 24.432 en el Boletín Oficial del 10 de enero de 1995, la Sala se atuvo directamente al monto del acuerdo, así, en las causas H.167.550 del 30 de marzo de 1995 y H. 167.965 del 18 de abril de 1995.-

El texto vigente del art.505 del Cód. Civ. es contundente en cuanto sujeta la regulación de “los honorarios profesionales de todo tipo” al “monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo”. En vigor este precepto, carecía de sentido plantear la eventual discordancia de lo dispuesto en sentido semejante por el art. 19 de la ley 21.839, por su supuesta antítesis con los arts. 851, 1195 y 1199 del Cód.Civ.. -

II.-Nuestro ordenamiento legal contempla explícitamente dos supuestos para la determinación de la base regulatoria: cuando el proceso concluye por sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo (párrafo agregado al art. 505 del Código Civil por el art.1º de la ley 24.432, y arg. art. 19 de la ley 21.839); y cuando concluye sin que se hubiese dictado sentencia, ni sobrevenido transacción (art. 20 de la ley 21.839). El otro supuesto no contemplado

explícitamente es el de rechazo de la demanda, respecto del cual corresponde concluir que sigue vigente en el fuero civil la doctrina del fallo plenario "Multiflex S.A. c/ Consorcio de Propietarios Bartolomé Mitre 2257/59", dictado el 30 de septiembre de 1975. Aunque en ese fallo también se contemplaba el caso de desistimiento del proceso y del derecho, consideramos que esta cuestión ha quedado sin efecto a partir de la reforma introducida al art. 20 de la ley 21.839 en el art. 11. inc. g) de la ley 24.432.-

III.- Para el proceso que hubiese concluido por sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, la base regulatoria es el monto respectivo (art. 505 Cód. Civil y 19 ley 21.839).-

Si debe regularse el honorario sin que se hubiera dictado sentencia, ni sobrevenido transacción, "se considerará monto del proceso la suma que, razonablemente, y por resolución fundada, hubiera correspondido a criterio del tribunal, en caso de haber prosperado el reclamo del pretensor. Dicho monto no podrá ser en ningún caso superior a la mitad de la suma reclamada en la demanda y reconvenición, cuando ésta se hubiere deducido" (art. 20 de la ley 21.839 reformado por ley 24.432).-

Cuando se trata de una demanda rechazada totalmente, los honorarios se fijarán sobre el monto reclamado en ella (CNCiv. en pleno, septiembre 30/1975, "Multiflex S.A. c/ Consorcio de Propietarios Bartolomé Mitre 2257/59", E.D. T. 64, p. 250; L.L. T. 1975-D, p.297; J.A. T.1976-I, p. 535).-

IV.- La solución de la ley de fondo contenida en el art. 505 del Cód. Civ. no es irrazonable, pues la regulación de honorarios es por regla una unidad jurídica, ya que es ineludible la existencia de un único monto pecuniario y sería disvalioso que existieran distintas bases regulatorias según que el profesional haya participado o no en el acuerdo.-

V.- De admitirse el criterio opuesto al que propiciamos, se presentarían soluciones contrarias al más elemental sentido de justicia. Entre otros casos, el del reclamo por un monto notablemente superior y a pesar de que las partes se hubiesen puesto de acuerdo en una suma razonable, los honorarios de los profesionales que no intervinieron en el acuerdo se regularían sobre la base del monto de ese reclamo excesivo, mientras que los de aquellos que participaron en el acto se regularían sobre la suma razonable acordada. O el supuesto en que las costas se pactaran a cargo del vencido, pero por el art. 49 de la ley 21.839 el letrado

podría reclamar contra su cliente, hipótesis en la que el vencedor tendría que cargar con los honorarios de su letrado que no intervino en el acuerdo, los que se regularían según el monto reclamado. Si bien algunos han encontrado una solución más equitativa, frente a la gran disparidad en cuanto a la base regulatoria entre profesionales que han trabajado en un mismo proceso, no ciñéndose al monto del reclamo, sino a la cantidad por la que hubiese prosperado la demanda a juicio del respectivo tribunal, no tendría mayor justificación elegir un camino elíptico, cuando existe otro previsto legalmente. -

VI.- En el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en la causa "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Provincia de San Juan" del 28 de marzo de 2000, se alude a que aplicar el monto del acuerdo o transacción al profesional que no intervino en él, significaría menoscabar el derecho a una justa retribución consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Pero presumiblemente fueron las peculiaridades del caso las que llevaron al Alto Tribunal a esa solución, pues no es dable suponer que sea injusta la retribución por la sola circunstancia de que sea determinada por el monto de la transacción. Así como a un monto fijado por sentencia en una cantidad inferior a la reclamada no debe juzgársele negativamente como generador de una retribución injusta, tampoco corresponde juzgar, o prejuzgar, que el monto de la transacción sea causa de una retribución injusta. La aplicación generalizada de esa doctrina podría desalentar la terminación de procesos, pues no habría certeza sobre las proyecciones patrimoniales, la que sólo se lograría con el dictado de la sentencia.-

Esto lleva a pensar que en el precedente citado, la Corte Suprema sólo por las circunstancias del caso entendió que debía prescindir de la doctrina sentada por el mismo Tribunal en la causa citada en el voto de la mayoría (C.S.J.N., octubre 27/1992, *in re* "De Souza, Daniel O. c/ Empresa Obras Sanitarias de la Nación", Fallos 315:2575).-

VII.- Por otro lado, cuando han intervenido en el juicio muchos abogados o profesionales que no participaron en el acuerdo, corresponde preguntarse: ¿hay que citarlos?; ¿bastaría con la citación?; y ¿si no se presentan? Juzgamos innecesarios estos trámites que sólo redundarían en contra del normal desarrollo del proceso, cuya finalidad esencial es dar solución a la controversia suscitada entre las partes, y aunque no deben soslayarse las cuestiones relacionadas con la defensa de la labor y retribución de los profesionales, éstas se

encuentran suficientemente resguardadas con las normas específicas y no corresponde supeditar la solución de la controversia principal a mayores dificultades que provendrían de complicados trámites, que solamente importarían un escollo para la concreción del deseable objetivo de la solución acordada de los conflictos existentes entre las partes.-

VIII.- Entendemos que no basta el hecho de que el profesional no haya intervenido en el acto para que lo convenido no le sea oponible a los fines regulatorios, puesto que simplemente se trata de un efecto reflejo que lo alcanza en razón de las previsiones legales específicas que establecen la base regulatoria en el monto de la sentencia, la transacción y, en general, de cualquier instrumento que ponga fin al diferendo. -

Para apartarse de la base regulatoria indicada tiene que presentarse alguna situación que sea reveladora de la insinceridad del acto o del designio fraudulento de quienes lo celebraron. Es de toda evidencia que la buena fe se presume, como también el actuar sincero de las partes y sin sombra de ilicitud; están en juego principios básicos del derecho que responden a insoslayables directivas éticas. De no ser así, habría que acreditarlo o surgir con suficiente claridad de las constancias sometidas al Tribunal, para evitar un perjuicio injustificado al profesional que no intervino en el acuerdo; pero dicho perjuicio no puede presumirse.-

IX.-No debe extremarse la incidencia del principio general del efecto relativo de los contratos, porque sus proyecciones han sido limitadas por una valiosa construcción doctrinaria.-

Así se ha dicho:“Efectos reflejos, incluso fuera de los negocios jurídicos en la esfera ajena, pueden tenerse en un doble sentido: la influencia de un resultado en la esfera de un tercero no se funda en la voluntad de los que inmediatamente tienen parte en él. O se trata de una repercusión (favorable o desfavorable) en el círculo de intereses de los terceros, de una situación o de un cambio jurídico. Esto presupone, sin embargo, una relación jurídica entre las partes y el tercero, pues en otro caso no puede resultar cambiada su posición jurídica, sino que sólo pueden ser dañados sus intereses”.(Luigi Cariota Ferrara, “El negocio jurídico”, trad. del italiano de Manuel Albaladejo, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pags.570/571).-

En sentido semejante, se sostiene que los titulares de la relación jurídica contractual “son los destinatarios del efecto directo” y “... que obtenido ese

efecto todos están obligados a respetarlo y a obrar en consecuencia, y todos pueden invocarlo como existente”. Asimismo, se recuerda “... que el contrato beneficia y perjudica *materialmente* a terceros. Para ese efecto indirecto, material, no rige la regla de la relatividad de los contratos sino el principio exactamente inverso: el contrato es oponible a todos, invocable por todos, bien entendido en cuanto haya un interés, pues aquí también el interés es la medida de la acción en justicia. Por excepción, ese efecto expansivo del contrato no se produce ... Tal es la situación en que se encuentran los acreedores de las partes ... Naturalmente, así como hay distintas clases de terceros, las hay de oponibilidad (o de inoponibilidad), pero la determinación de ellas debe hacerse a propósito de cada norma concreta, sin que constituya un escollo insalvable la del art. 1199, que debe ser leída en consonancia con el resto del sistema”.(Fernando J. López de Zavalía, “Teoría de los Contratos”, t.I, Parte General, Ed. Zavalía., reimpresión de la 3a. edición, Bs. As., 1991, págs.303 a 307 en parágrafo 28).-

X.- La interpretación integradora del sistema, persuade de la pertinencia de aplicar como regla la contenida en el art. 505 *in fine* del Cód. Civ., sin perjuicio de que las circunstancias conduzcan a una solución distinta en el caso particular, ya por mediar simulación, fraude, violencia a la equidad, etc.-

Por todo lo expuesto, votamos por la afirmativa.-

Fdo. Jorge H. Alterini, José Luis Galmarini.-

Ampliación de fundamentos del Dr. Mirás: Quiero añadir a los argumentos desarrollados por la mayoría, en primer lugar que, no habiéndose cuestionado la constitucionalidad del art. 19 del Arancel de abogados y procuradores y los análogos para otros profesionales, las reflexiones que conducen a la conclusión de que la transacción no puede oponerse a quienes no intervinieron en el acuerdo, son a mi juicio improponibles.-

En segundo término, creo también que carecen de sustento.-

Ello así, pues cabe advertir que si algunos de los letrados que han intervenido en el proceso suscriben la documentación pertinente -escrito presentado ante el juez o acta de audiencia-, lo que están haciendo es prestar su conformidad -que es innecesaria, según ha de verse- con lo convenido por los litigantes, o dejar traslucir que el arreglo se alcanzó en presencia suya o merced a su patrocinio, pero quienes son partes -únicas partes- en la transacción o conciliación sin aquéllos y nunca los profesionales, salvo que se acordare, además, acerca de alguna cuestión

relativa a la actuación suya -que no es lo que aquí se encuentra propuesto-, por lo que la señalada conformidad no constituye ingrediente que haga a la eficacia de lo pactado.-

Seguidamente, debo destacar que el art. 851 del Código Civil, en tanto el acto “no perjudica ni aprovecha a tercero”, que se encuentra en la línea de los arts. 1195 y 1199 del mismo código, se refiere a los derechos y obligaciones creados, modificados o extinguidos por las convenciones particulares, principio no contradicho en el supuesto que aquí se viene contemplando, dado que el art. 19 del Arancel se limita a utilizar el monto como base para la regulación de los honorarios, del mismo modo que lo hace con el de la sentencia, cuantía ésta respecto a cuya determinación los letrados y los peritos también son ajenos. ¿O es que la cosa juzgada -a la cual la ley equipara los efectos de la transacción (conf. art. 850 del mismo Código Civil)- no alcanza sólo a las partes?.-

De modo que las expresiones “no han sido parte” o “no han participado del acuerdo” no pueden constituir argumento idóneo para descalificar la operatividad de aquel monto. Únicamente puede descalificarlo la exteriorización de algún motivo que autorice a concluir que el convenio “urdió” un importe para perjudicar a los beneficiarios de la regulación.-

De otro modo, la transacción, para que su cuantía alcance la condición de base regulatoria, debería hacerse con la intervención de la totalidad de los profesionales que actuaron en el proceso, lo que significa impedir o tornar harto dificultosa la concertación del acuerdo.-

En definitiva: la ley de arancel no extiende los efectos de la transacción a terceros. Sólo otorga relevancia al monto de la misma, y si para la configuración de este modo de extinción de las obligaciones basta la concurrencia de las voluntades de los litigantes, exigir la “participación” de los profesionales importa añadir un recaudo que de ningún modo aparece razonable como no fuere por desconfianza con el acuerdo alcanzado por los litigantes, la que se estaría proponiendo como principio, cuando en realidad -como en todo acto jurídico- el obrar de mala fe constituye la excepción.-

Fdo. Osvaldo D. Mirás.-

Los Dres. Dupuis y Calatayud dijeron: El artículo 19 del arancel de abogados y procuradores, establece, en forma categórica, que se considerará monto del proceso la suma que resultare de la sentencia o transacción. Idéntico principio

surge de otros aranceles, como el caso del decreto-ley 16.638/57, aplicable a los profesionales de ciencias económicas (ver artículo 1º inciso b) o el de traductores públicos (ver art. 30). Y aún cuando es cierto que algunos otros no contienen tal pauta, e incluso existen profesionales que intervienen en el proceso como auxiliares que carecen de regulación arancelaria, a partir de la modificación del artículo 505 del Código Civil por la ley 24.432, queda en claro que la directiva legal que emana del derecho de fondo, computa a los fines arancelarios al monto de la sentencia, laudo o transacción. Dicha norma tiene el mismo rango que el artículo 1195, por lo que aún cuando, por vía de hipótesis, no se comparta la interpretación de la mayoría, a la cual se adhiere, de todos modos, debe darse prevalencia a aquella directiva a que se aludiera.-

Desde otro ángulo, entre dos interpretaciones posibles, debe optarse por aquella que respete en mayor medida valores trascendentes como lo son la verdad y la justicia. Y, en el caso en análisis, de tratarse de una transacción que refleje la realidad de lo acontecido, parece contrario a dichos principios, el aceptar la ficción que importaría computar a los fines regulatorios, para aquellos profesionales que no intervinieron en ella, un monto distinto, que si bien se ajusta el reclamo inicial, nada tiene que ver con la solución económica del conflicto. Admitir lo contrario, bien podría llevar a una situación de injusticia, que se puede reflejar tanto entre los mismos profesionales que actuaron durante el pleito, cuanto frente a las partes.-

Con relación a los primeros, se mediría con distinta vara la actuación en un mismo litigio, y bien podría suceder que quien la tuvo más relevante se le reconozca un honorario sensiblemente inferior. Y esta desproporción aumenta en la medida que la pretensión sea más abultada. Ello supone reconocer a los distintos profesionales un honorario -muchas veces sensiblemente diferente- con prescindencia de los reales valores económicos en juego y de la importancia de la labor cumplida.-

En lo que concierne a los segundos, podría acontecer que el monto del honorario supere ampliamente el crédito resultante de la solución del conflicto a la que llegaran las propias partes. Y, en esta hipótesis, cuadra plantearse el interrogante de si los profesionales, convocados al acto, se encuentran legitimados para oponerse a un acuerdo que las partes insisten en celebrar. A nuestro juicio, la

respuesta negativa se impone, puesto que ello equivaldría tanto como dejar en poder de aquellos la solución de un pleito que pertenece a los litigantes.-

Por lo demás, a los fines arancelarios éstos siempre quedarían atados al reclamo inicial, más allá de su mayor razón o sinrazón. Tampoco se advierte el porqué ello no sucedería en el caso de mediar sentencia, pues en este supuesto es cuestión no controvertida que hay que estar a su monto con prescindencia de aquel reclamo, y suele suceder que ambos importes difieren, algunas veces, en forma sensible.-

Es cierto que nuestro más Alto Tribunal, en ocasiones, se inclinó por la doctrina que hoy sostiene la minoría. Empero, en algunos de esos fallos, se advierten particularidades que influyeron en la decisión. Así, en el caso “Maqui c/ Sulfatos Argentinos” (“Fallos”, 315:2652), se sostuvo que el monto consignado en la transacción no era oponible al perito que no fue parte en ella “...cuando se ha dictado previamente una sentencia de condena por una suma sensiblemente superior...”. En caso análogo y dejando expresa constancia de que la solución se veía influida por las particularidades del caso, la Corte Suprema adoptó Poder Judicial de la Nación idéntica doctrina (“Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina c/ Asociación Israelita de Socorros Mutuos - Ezrah-, Hospital Israelita”, del 20-8-96, F-492-XXIX).-

Por último, es de admitir las dudas que suscita la cuestión propuesta, que incluso llevó a adoptar criterios diferentes por un mismo tribunal (ver C.S., “Fallos” 315:2575 y 315:2594). Y tanto la Sala “E” -que integramos-, como otras de esta Cámara, allanándose a las convincentes razones expuestas por el Máximo Tribunal en los autos “De Sousa c/ Empresa Obras Sanitarias de la Nación”, varió su criterio adoptando el que ahora sustenta la mayoría (ver causa fallada por la primera n°159.008, del 23-11-94).-

Fdo. Juan Carlos G. Dupuis, Mario P. Calatayud.-

Fundamentos de la Dra. Highton de Nolasco: El principio dispositivo sobre cuya base se estructura el proceso en el marco del derecho privado, otorga amplias potestades a las partes, a quienes permite, salvo contadas excepciones, poner inclusive fin al propio litigio a través de actos procesales que, por su contenido y naturaleza, se inscriben en forma neta dentro de la dinámica de las instituciones contractuales, regidas por el Código Civil y a cuyas reglas cabe remitirse a la hora de establecer sus efectos, punto sobre el que coincide pacíficamente la doctrina

especializada (conf. Colombo, Carlos J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, tomo II, página 640 y subsiguientes; Fassi, Santiago C. y Yáñez, César D., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado", Astrea, Buenos Aires, 1989, Tomo 2, página 610 y subsiguientes; Fenochietto, Carlos Eduardo y Arazi, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", Astrea, Buenos Aires, 1993, tomo 2, página 17 y subsiguientes; Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1993, Tomo 7, página 52 y subsiguientes).-

Por lo tanto, el acuerdo transaccionallabrado sin participación del o de los profesionales que asistieron a las partes, convierte a éstos en terceros, de conformidad con las directivas genéricas contenidas en los artículos 1195 y 1199 del Código Civil, sobre las que se apoya el art. 851 del mismo cuerpo legal, al referirse específicamente a las transacciones. Es que, si bien es asimilable a la sentencia por sus efectos, el valor allí establecido para el pleito sólo tiene vigencia a los fines regulatorios con respecto a los profesionales que han intervenido en ese acto (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Código Civil Anotado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, tomo II, página 835), pero ello no puede comprender a los letrados que asesoraron a las partes en otras etapas del proceso y que no tuvieron participación en el acto que le puso fin. De lo contrario, dichos terceros podrían verse afectados en sus derechos por el convenio realizado (conf. C.S.J.N., *in re* "Asociación Trabajadores del Estado c/ Provincia de San Juan", del 28/3/2000, Fallos, tomo 323, página 677), conclusiones que resultan aplicables a todos los profesionales que intervinieron en un pleito.-

Se trata del lógico corolario de la relatividad consagrada en el art. 503 del Código Civil para los actos jurídicos en general, directriz dentro de la cual se ubica con claridad la transacción, y que determina que este tipo comercial no puede perjudicar a terceros, toda vez que al igual que en los demás actos jurídicos, los efectos de los contratos se producen exclusivamente entre las partes (conf. López de Zavalía, Fernando J., "Teoría de los Contratos, Parte General", Zavalía, Buenos Aires, 1971, páginas 279/280), sin que puedan proyectarse con efectos negativos sobre los terceros ajenos a la relación jurídica de que se trate.-

Se ha dicho que tercero es, en general, todo sujeto (necesariamente indeterminado), extraño a la relación jurídica dada (*tertius*: el nombre se deriva de que, en las ejemplificaciones escolásticas, las partes, o sea el sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación, se denominaban, respectivamente, *primus* y *secundus*). En verdad, es imposible dar una noción unitaria, que no sea simplemente negativa, de terceros: la misma varía en cada caso, pero una nota tienen en común las figuras de tercero; y es una nota *negativa* respecto de otra figura, en antítesis con ella, a saber, a la parte, o a aquel que no haya hecho público el propio acto, o a aquel que sea causahabiente del titular de un derecho. Esto nos lleva a decir que los efectos de la relación jurídica no afectan *directamente* al tercero, ni en el sentido del beneficio, ni en el sentido del daño (*res inter alios acta, tertio neque prodest, neque nocet*). No pueden formularse reglas generales sobre este punto, sino la de la *relatividad de la relación jurídica*, en el sentido de que la misma puede afectar, además de a las partes (aspecto *absoluto* de la relación), a veces también a los terceros (aspecto *relativo* de la relación) (conf. Messineo, Francesco, "Manual de derecho civil y comercial", trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, tomo II, página 7, N 5).-

Salvo ciertos casos legalmente previstos, los terceros no están vinculados por las prestaciones proyectadas.-

Es que el derecho absoluto es oponible *erga omnes*, es decir frente al sujeto pasivo universal; y si lo es el derecho creditorio, lo será en el sentido absoluto de propiedad, ya que integra los derechos patrimoniales, junto a los derechos reales (Freitas, Augusto Teixeira de, Introducción a la Consolidación de las leyes civiles del Brasil, traducida de la tercera edición por Enrique Martínez Paz, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1927). Mas, en principio, a todo derecho personal corresponde una obligación personal (art 497 Código Civil), por lo cual, en cuanto al derecho creditorio como tal, rige el criterio *res inter alios acta*.-

La inoponibilidad consiste en una facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, pueda actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido (Ragel Sánchez, Luis Felipe, Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: obligaciones y contratos, Dykinson, Madrid, 2000, p. 309). De ahí que sea absolutamente innecesario para el

profesional, iniciar una acción de simulación, fraude, etc., a los fines de desconocer –a su respecto y a los fines arancelarios- el contenido del acuerdo.-

En tales términos, lo cierto es que esta categoría de terceros, integrada por los profesionales que no tuvieron participación en el acuerdo conciliatorio o transaccional que hoy nos ocupa (cualquiera hubiere sido su rol en el proceso), no puede verse afectada por dicho acto jurídico.-

Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal, al sostener que de adoptarse otro temperamento, se configuraría un menoscabo del derecho a la justa retribución consagrado en el art. 14 de la Carta Fundamental (conf. C.S.J.N., *in re*, García, Carlos José y otro c/ Obras Sanitarias de la Nación, del 9/10/90).-

Por ende, es claro que el referido valor asimilable a la sentencia que, a los fines de su ejecutoria y al establecimiento de la cosa juzgada, se atribuye a estos modos anormales de terminación del proceso, no permite alterar su emitente naturaleza negocial, por la cual el acuerdo así instrumentado establece una relación jurídica entre quienes participaron en él y exclusivamente entre ellos se extinguirá o modificará la Poder Judicial de la Nación relación jurídica preexistente. No pueden las partes que integraron dicha declaración de voluntad común perjudicar a los terceros con los efectos directos de sus estipulaciones, ya que tal proceder se encuentra expresamente vedado por la normativa que regula la materia.-

Tales conclusiones no permiten afirmar, sin embargo, que el monto de la demanda determine *sine qua non* la base regulatoria en el pleito, toda vez que las normas arancelarias otorgan al juzgador un amplio margen de discrecionalidad al respecto, no compartiendo la suscripta la interpretación de la mayoría sobre el alcance del art. 505 del Código Civil ni la opinión según la cual la respuesta afirmativa al postulado del presente constituya el modo de desalentar peticiones excesivas o por montos desproporcionados.-

En orden a los fundamentos expuestos, se impone una respuesta negativa al interrogante de esta convocatoria.- Fdo. Elena I. Highton de Nolasco.-

Fundamentos del Dr. Carlos Alfredo Bellucci: “*Juzga bien quien distingue*”... Celso.-

Verdaderamente el fundamento dado por la mayoría aparece y es una “socaliña” al principio de la relatividad de los entramados voluntarios y jurídicos (arts. 1199, 1161, 1162, 851 y cc. de la ley fondal), que no sólo la desconoce, sino que hace tabla rasa con los derechos arancelarios de quienes, ajenos a ese modo

extintivo de vínculos jurígenos, verán como se les esfuman de sus manos, entre otros, el innegable justiprecio de su labor, sin socaire por el contubernio de quienes habrán de beneficiarse con aquella, a un coste “manejable” a discreción por quien tendrá, en la más de las veces que solventarla.-

Por cierto, tal modo de razonar de quienes formaron mayoría, en lógica, implicó una falacia no formal, denominada “ignoratio elenchi” (“conclusión inatinerente”) toda vez que se utilizó un razonamiento dirigido a establecer una conclusión particular, como demostración de una conclusión diferente (conf. Coppi, en “Lógica”, pág. 97).-

Hace años me atreví a escribir algunas reflexiones en torno del carácter extintivo de la transacción, y su diferenciación con institutos tales como la “cosa juzgada”, la “homologación” y “la sentencia judicial”, y las traigo a la palestra, no por efímera vanidad, sino porque con apoyo en doctrinarios y pronunciamientos jurisdiccionales de fuste, concluía que no hay divorcio entre el código sustantivo y el adjetivo, en esta materia (v.g. publicación en Revista para el Foro Bonaerense “SENSUS”, boletín nº 8 e índice, tomo XXII, año 1978, págs. 385/390, especialmente pág. 387 y sus citas “ad peddem lettera”).-

Por tanto, ni con la “honestidad del acuerdo” que tan punzante como lúcidamente refiere el proficuo voto de mi querido colega Dr. Greco, ni recurriendo a la calificación de “fraudulenta” es como se protege la justa retribución de quienes sudaron la gota gorda para quizá, una vez apartados de la litis, se lograra ponerle fin por un medio o modo anormal.-

Es a mi modo de ver, una doctrina plenaria que lejos de sujetarnos y “abrochar” a los colegas de grado, al mismo tiempo que reflota el derecho del revés, deja suficiente hendija para seguir intentando justipreciar de un modo objetivo y propio, la retribución de profesionales del derecho y peritos en las distintas ramas, que por ajenos no pueden ni deben quedar “al garete”, y sujetos a la “omnímoda” voluntad negocial de sus beneficiarios y deudores de la generalmente ímproba tarea desplegada, que no es descabellado apuntar, no siempre reflejan las fojas signadas que se anejaron al expediente.-

Y para que quede claro, recuerdo un coherente y ajustado fallo del cimero Tribunal Mendocino del 21 de agosto de 1963, registrado en J.A., al tomo 1965-II-7-5-76 que condensó acertadamente aquella “relatividad” que quedó de lado en el voto mayoritario, cuando sintéticamente sentenció que “...los valores

establecidos en la transacción, sólo pueden ser opuestos a los profesionales que intervinieron en el juicio, y solicitan regulación de sus honorarios, cuando éstos han intervenido en la celebración de aquella...”.-

“Mutatis mutandi”, no cuando resultaron ausentes al acto jurídico bilateral que puso fin al litigio (v.g. art. 1199 Cód. cit.).-

¡¡¡Vaya!!!: siete años de ejercicio profesional dan vasto horizonte para anclar fuerte en ese afirmado.-

Así, sin demérito de la loable intención que insufla al voto mayoritario, pero persuadido que el minoritario vencido no ha sido convencido, adhiero con placer al enjudioso dictado por mi colega de Sala, y en lo pertinente, al dictamen del egregio plumista ante esta alzada.-

En su consecuencia, a fin de no perturbar la hermenéutica de fondo, que se compadece con la arancelaria de rigor, doy yo también mi voto negativo a la “quaestio” que “copetea” este acuerdo plenario.-

Tal mi parecer.-

Fdo. Carlos Alfredo Bellucci.-

Fundamentos del Dr. Greco: Me parece de una gravedad inusitada que la mayoría de la Cámara Civil, con la misma tranquilidad con la que se toma un carajillo, eche por la borda el principio de la relatividad de los negocios jurídicos. Esto traerá como consecuencia que quienes se limitan a leer el copete sin molestarse en analizar los fundamentos -actitud superficial pero, lamentablemente, hartamente generalizada- regulen los honorarios de todos los intervinientes con una mecánica aplicación de las escalas arancelarias sobre la base de una transacción, sin tener en cuenta quiénes la celebraron y quiénes no participaron en ese modo anormal de terminación del proceso. No se necesita ser un augur para predecir que, de aquí en más, proliferarán los casos en que con una demanda de \$ 1.00.000 (por decir una cifra) aparezca un inocente escrito en el que se diga que arreglaron por \$ 1.000 y, con el aparente apoyo de esta doctrina plenaria, se fumen en pipa a los profesionales y peritos ajenos al acuerdo.-

Se dijo, con reiteración, que el voto de la mayoría se refiere a una transacción “honesta” (otros dijeron “eficaz”). Me alarmó pensar que, con esta premisa, quienes no la considerasen lo uno ni lo otro deberían, en cada caso concreto, impugnar la transacción y cargar con la prueba del fraude, lo que conduciría a la promoción de nuevos litigios para obtener sentencias declarativas de

la inoponibilidad. La duda se disipó en el mismo debate, en el que la propia mayoría sostuvo que no era necesario otro pleito y el juez de la causa quedaba habilitado para apreciar si era o no “honesta” o “eficaz” (paso por alto alguna confusión conceptual que hizo decir a alguien que la transacción fraudulenta era “nula”). Y aquí llegamos al meollo del asunto: el juez debe, en cada caso, ponderar las circunstancias y hacer uso de sus atribuciones -que más que eso, son deberes- para efectuar regulaciones justas. Una de esas circunstancias puede ser el monto de la transacción, pero nunca este valor desligado de las constancias del expediente como si se tratara del único elemento a tener en cuenta.-

No debe extrañar que, para fundar normativamente esas facultades, se recurra a las enseñanzas de Gény, ya que para la casi generalidad de los civilistas argentinos este autor representa aun en el presente siglo XXI algo así como la última palabra en materia hermenéutica, como si en el siglo XX nada se hubiera avanzado en ese aspecto (se pasan por alto las ontologías racionales de Husserl, las investigaciones de Kelsen, del Vecchio, Schreier, Castán Tobeñas, Hart., Pound, Recaséns Siches, Perreau, Viehweg, Cardozo, y los valiosos aportes que en nuestro medio efectuaron Cossio, Carrió, Cueto Rúa y tantos otros).-

Esto me permite sostener que, superada la superficialidad de tratamiento, este plenario no va a servir para nada. Afirmar que la transacción es inoponible a quienes no participaron en ella no implica, como podría concluirse con igual superficialidad, que deba partirse de la suma reclamada en la demanda; máxime ante la realidad de pretensiones notoriamente infladas al cobijo de la manga ancha con que suele concederse el beneficio de litigar sin gastos (criterio que no es el de esta sala). También aquí es descartable el desacreditado argumento “a contrario” con el que se regodean los exégetas. Y si declarar que la transacción es oponible no descarta el ejercicio de las facultades para arribar a regulaciones justas, forzoso es concluir que son las circunstancias particulares de cada caso las que juegan papel relevante. Acoto que en el debate se propuso aclarar que la oponibilidad postulada por la mayoría se adoptaba “en principio”, mención que se desechó con el argumento de que toda doctrina plenaria rige “en principio”, lo que hace innecesario establecerlo en forma expresa.-

Por lo expuesto y con el alcance expresado, prefiero mantener incólume el principio de la relatividad de los negocios y voto por la negativa.-

Fdo. Roberto E. Greco.-

Ampliación de fundamentos del Dr. Montes de Oca: Tras la respuesta negativa al interrogante de esta convocatoria, por los fundamentos expresados por la minoría, conviene señalar que tal pareciera que el mensaje que expresan quienes propugnan la oponibilidad de los convenios, refiere que los profesionales letrados y peritos trabajen en forma mediocre, porque si lo hacen con aspiración de excelencia, y mediante ello convencen anticipadamente acerca de la verdad jurídica objetiva que debiera ser expresada en la sentencia definitiva, corren el riesgo de que se cercenen o limiten sus legítimas expectativas a través de la celebración por las partes de un convenio que les resulte perjudicial y que, en definitiva, se considera que les es oponible, aunque no hayan participado en él. Desde luego que no puede ser ésta la finalidad de ninguna norma, pues surge contradictoria con las aspiraciones de una mejor administración de justicia y de seguridad jurídica, que es actualmente una de las más fuertes en un moderno Estado de Derecho.-

En tales condiciones es claro que la aplicación de una norma es un problema que debe resolverse mediante la ponderación y comprensión de los resultados que produce en determinadas situaciones reales. Como señalara Luis Recaséns Siches ("Nueva filosofía de la interpretación del derecho", ed. Fondo de Cultura Económica, México, págs. 257/258), si esos resultados prácticos concuerdan con las valoraciones que inspiran el orden jurídico positivo y sobre las cuales éste se encuentra fundado, entonces la norma es sin duda aplicable. Si, por el contrario, dicha norma produce en su aplicación resultados que vienen a contradecir las valoraciones sobre las que se ha modelado ese orden jurídico, no resulta aplicable a una determinada situación concreta.-

En este orden de ideas, es posible apreciar con frecuencia que ante una pretensión indemnizatoria razonable, de acuerdo con la magnitud del daño invocado, vg. de \$100.000, sobreviene durante el trámite, por lo general avanzado del proceso, una transacción, por ejemplo, de \$8.000. Claro está que en estos casos límites -siempre es imposible fijar fronteras con precisión parece excesivo requerir que los terceros ya mencionados promuevan una acción de anulabilidad del convenio, aunque en la oportunidad del acuerdo previsto por el art. 297 del Código Procesal, pareció quedar a salvo la posibilidad de prescindir de la transacción en los casos que conduzca a una írrita regulación de honorarios, sin duda porque se

acepta que se produce un daño que resulta sin más de los hechos mismos objetivamente considerados (“in re ipsa loquitur”).-

Sin mucho esfuerzo puede advertirse que una situación de este tipo por los derechos que frustra -de aceptarse el criterio de la mayoría- contiene el error de considerar como inmovible lo que en justicia debe ser apreciado como mero instrumento para alcanzar la solución correcta del caso singular. Repárese asimismo que ante cualquier conflicto, de solución fácil o difícil, hay que proceder razonablemente, con percepción de la realidad y el sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el orden jurídico, e incluso de las valoraciones complementarias que produzca el juez en armonía con dicho sistema. En el ineludible camino de conjugar razonablemente todos esos términos o valoraciones en juego se podrá llegar a la solución satisfactoria, es decir, aquella que el orden jurídico considera como sentido de justicia. Para un mejor resguardo de las legítimas expectativas profesionales no cabe duda que la interpretación debe realizarse de conformidad con el criterio que mejor preserve los derechos y garantías constitucionales, como los que están implicados en las retribuciones de los profesionales, y por lo tanto me expido de acuerdo con la minoría.-

Fdo. Leopoldo Montes de Oca.-

Buenos Aires, octubre 2 de 2001.-

Y Vistos: por lo que resulta del Acuerdo que antecede, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal), SE RESUELVE:

“La transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervinieron en el proceso y no participaron en el acuerdo respectivo”.-

Dése cumplimiento a lo dispuesto por el art. 62 del reglamento del fuero. El Dr. Hernán Daray no interviene por hallarse excusado y las vocalías 4, 7 y 37 se encuentran vacantes. Fdo. Juan Carlos G. Dupuis (con ampliación de fundamentos), Fernando Posse Saguier (en disidencia), Leopoldo Montes de Oca (en disidencia y con ampliación de fundamentos), Ana María Luaces, Hugo Molteni, Jorge Escuti Pizarro, Gerónimo Sansó, Félix R. de Igarzábal, Jorge H. Alterini (por sus fundamentos), José Luis Galmarini (por sus fundamentos), Alberto J. Bueres, Eduardo M. Martínez Álvarez, Osvaldo D. Mirás (con ampliación de fundamentos), Mario P. Calatayud (con ampliación de fundamentos), Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia y por sus fundamentos), Ricardo Burnichón (en disidencia), Carlos A.

Bellucci (en disidencia y con ampliación de fundamentos), Roberto E. Greco (en disidencia y por sus fundamentos), Marcelo J. Achával (en disidencia), Claudio M. Kiper, Julio Ojea Quintana, Delfina M. Borda, Eduardo L. Fermé, Ana María Brilla de Serrat, Mario Molmenti (en disidencia), Carlos R. Degiorgis, Carlos R. Sanz, por ante mí, que doy fe. Fdo. Adriana Luján de Pildain (Secretaria de Jurisprudencia).-

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, e aprovada pela Comissão Examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. CLEBER FRANCISCO ALVES
Universidade Gama Filho – UGF
(Orientador)

Prof. Dr. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Universidade Gama Filho – UGF

Prof. Dr. FLÁVIO MIRZA MADURO
Universidade do estado do Rio de Janeiro – UERJ

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2009.

Prof^ª. Dr^ª. Maria Stella Faria de Amorim
Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)