

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO
JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES
JOSIRENE CANDIDO LONDERO
(Organizadores)

**DIREITO E SOCIEDADE NA AMÉRICA
LATINA DO SÉCULO XXI**

**Pelotas
Editora e Gráfica Universitária
2009**

O DESAFIO DO DIREITO PROCESSUAL FRENTE À GLOBALIZAÇÃO NO MERCOSUL

Dênio Gonçalves

Introdução

Escreveu-se muito e ainda escreve-se sobre o Direito Processual ao longo dos tempos e também não se pode creditar qualquer novidade à internacionalização do Direito, seja na esfera objetiva ou subjetiva. A História das grandes civilizações tem nos demonstrado, de maneira inquestionável, o fenômeno da absorção dos institutos do Direito. Neste sentido, o rastro desta metodologia que foi assimilada ao longo dos séculos, ficando evidente e observável ao ponto de vários doutrinadores concentrar esforços e dedicação em seus estudos, apontando sistematicamente em ciclos históricos, fenômenos para a evolução e involução material instrumental da assimilação supra-estatal dos mais variados institutos do Direito.

Observa-se nos anais históricos que as grandes potências muito antes de dominar, assimilavam (e assimilar é uma forma complexa de dominação), na medida em que a gestão e a logística utilizada aproveita-se da estrutura preexistente para dar legitimidade ao poder ascendente e a História é pródiga a exemplificar neste sentido, sem que haja necessidade de profunda argumentação. Vejamos: foi assim, quando o império Grego, ainda que haja discordância doutrinária quanto a esta existência, assimilou o império Egípcio. Historiadores são unâimes em afirmar que até mesmo a cultura local foi assimilada e que os gregos viviam entre os egípcios sem que houvesse qualquer distinção de origem, fato notório. Conhecido exemplo foi Cleópatra, Rainha que assumiu um dos últimos momentos de resistência do império egípcio, fartamente conhecida e, de certo, a última de linhagem grega a exercer o poder assimilado por Alexandre, o Grande. Ainda neste diapasão, com o império Romano não foi diferente, pois os estudiosos do Direito Romano, não se olvidam em alardear que são muitos os métodos absorvidos por este império, seja na esfera política, social, religiosa ou científica, plano onde, certamente, situa-se a estrutura jurídica básica empregada na sociedade contemporânea. Conforme leciona Affonso Paulo, “os romanos vão buscar na Grécia seus conceitos concernentes à

justiça e ao Direito”.⁵⁰ Muito elucidativo a respeito é o posicionamento adotado e lição da lavra do mestre Rabinovich que, com mestria, sintetiza o presente pensamento em texto que, com vênia, carreamos:

En El marco de la Guerras Fenicias, se produce el ingreso militar y político de Roma em el mundo griego, cuyas consecuencias serán importantísimas e acabarán determinando el curso de la civilización latina.

*El crecimiento territorial y el aumento de poder pusieron em jaque a lás instituciones romanas, mal preparadas para la nueva realidad. Los Estados griegos fueron incorporados em Le Imperio. Se aguzidó El contacto com civilizaciones extrañas, especialmente la egípcia, que influyó mucho a los romanos.*⁵¹

Os dois últimos séculos foram e têm sido ícones na evolução da estruturação doutrinária do direito e os meios de comunicação, modernamente engendrados, propiciaram a difusão e disseminação do conhecimento, de forma nunca antes sonhada, tanto melhor, de fato, pode-se agora afirmar e certificar a universalização do conhecimento. Felizmente, as Universidades, se tornaram literalmente difusoras do conhecimento, o que conduziu a limites geográficos ou científicos, quebrando barreiras de linguagem e ultrapassando ao douto para assistir até mesmo o *homo médio*. Tal desiderato já se observava nos ulteriores tempos do século passado, com a queda do muro de Berlim, dentre outros fenômenos e acontecimentos que se fizeram notáveis e, como uma bússola, já indicavam o norte dos próximos tempos, com acerto!

Conservando o histórico da evolução do direito, o braço comercial, já vinha ditando uma tendência muito arraigada da internacionalização do Direito. Foram vários os pactos comerciais firmados nas últimas décadas, alguns assegurando a manutenção de determinados institutos legais, outros buscando, de fato, internacionalizar a aplicação deste velho, mas atualiadíssimo segmento do Direito. Assim, o norte já restara indicado, bastando agora o mentor desta nova era, sedimentar as necessidades prementes de unificação de interesses que, àquela altura, não se podia mais declinar como restrito a determinada região do globo ou a de determinado Estado. Os impérios econômicos perderam sua estrutura feudal e, adotando moldes industriais que, aos poucos, ganhou feição multinacional, as organizações passaram a se moldar às diversas estruturas legais, com as

⁵⁰ GUIMARÃES, Affonso Paulo. *Noções de Direito Romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 15.

⁵¹ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Um viaje por la historia Del derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2007. p.146-7.

quais mantinham relacionamento. Ao mesmo tempo, lutavam por uma unificação de tratamento, fato que certamente levaria a uma redução de custos de produção e financeiro, reduzindo ainda a necessidade de assessoramento técnico nas várias sociedades onde abrigam seus negócios.

Não necessitou muito tempo e as barreiras geográficas caíram também em relação ao fornecimento da mão-de-obra. Este mesmo processo reduziu os custos dos transportes, permitindo a execução de tarefas distintas e complementares para a produção de um mesmo artefato em diferentes lugares do mundo. A semente da globalização estava, de fato, sedimentada e a sua consecução já não era mais questão de tempo e, sim, meramente de organização. Não demorou muito e a Europa se organizou, com a criação do Mercado Comum Europeu em um processo lento, cujos efeitos já estavam sendo observados desde muito. Da mesma forma, outros segmentos geográficos se organizaram e, com eles, novos mercados surgiram, foram evoluindo e organizando moeda, legislação e política comum, não necessariamente nesta ordem. Certamente, devem caminhar no mesmo sentido, vale dizer, o problema que se observa nesta evolução é que já não é mais lenta como foi, o globo terrestre gira em velocidade atordoante e, com ele, a revolução se transfere também aos acontecimentos sociais e, em decorrência destes últimos, aos jurídicos.

Agora, se na esfera do direito material parece haver um direcionamento estreito, com diretrizes já indicadas e caminhos percorridos, na esfera processual, há uma lacuna a ser preenchida e organizada. Questões básicas como fórum, decadência, prescrição, competência e capacidade processual hão de ser regulamentadas, para sanar males que já são sensivelmente notados e que, certamente, tendem a aumentar e demandar maior atenção dos operadores do Direito, tornando pacificadas as questões básicas como posicionamento doutrinário e interpretação.

1. Novos rumos do direito processual civil

A questão que se apresenta, ainda que limitada à esfera do direito brasileiro, estará longe de pacificação, já que se pode analisá-la sob os mais variados ângulos, como por exemplo, sob o aspecto da tecnologia ou da aplicação de insumos tecnológicos ao processo. Também podemos analisá-la sob o aspecto da celeridade processual, sob o princípio da simplificação dos atos processuais ou, ainda, sob a oportunização da capacidade inquisitiva e investigatória dada ao Juízo. Enfim, são diversas as possibilidades de novos direcionamentos a serem creditadas ao Processo

Civil, porém, ainda que todas as possibilidades remontem ao real interesse desse estudo, devem-se destacar algumas, para poder situar o campo de especulação nesta empreitada.

Neste sentido, a ciência do Direito, como conhecida hoje, nada mais é do que um mosaico do conhecimento universal catalogado e conduzido de forma a defender este ou aquele interesse atinente a determinada sociedade, cada qual conduzindo a aplicação das teorias internacionalmente difundidas, no sentido estrito de se acomodar aos interesses locais. Por esta razão, aparece um sem número de interpretações, algumas de altíssimo quilate e outras, que à sombra da mais tênue observação, conduz à conclusão de que foram criadas meramente para servir a determinados interesses. Fato notório, mas não aproveitável na esfera acadêmica e ou doutrinária, infelizmente, aos mais incautos, certamente observável no campo judicial, onde nem sempre a melhor técnica prescinde à política.

Não se pode especular sobre a direção em que caminha o Direito Processual Civil, sem antes procurar-se alguma luz nas tradicionais teorias e formas de fixação dos procedimentos doutrinários e sem discorrer sobre algumas das teorias já sedimentadas. Assim, à luz do entendimento da dogmática jurídica, já assentadas na cultura Grega, tinha-se uma tendência a explicar e diferenciar os institutos por via da consulta aos inúmeros deuses cultuados à época. Era a evidência do sobrenatural sobre o humano, período em que mesmo tendo consciência da existência de um direito convencional, a cultura grega se orientava pelo direito natural. Em conseqüência da evolução da sociedade, enxergou-se, mais adiante, que havia distinção clara entre a noção de *physys*, (Lei da natureza) e *nomos* (direito estabelecido), sendo a conseqüência direta desta observação a passagem para uma fase conhecida como período antropológico, que teve como principal arcabouço a desconstituição do direito natural, ainda que vários desses institutos permanecessem em uso. As normas jurídicas passaram a ser concebidas por convenção e por disposição da vontade dos homens e não mais dos deuses. É de se entender que não havia uma ciência a direcionar os atos de jurisdição de atividades legislativas, vale dizer, não havia sido concebida ainda uma ciência jurídica, mas a Humanidade dava os primeiros passos nesta direção.

Mais adiante na História, com a ascensão do Império Romano, surge de fato o embrião do que se pode chamar de ciência jurídica. É neste espaço limitado da Europa que se delineia o Direito como ordem normativa. Importante estabelecer que essa ocorrência não foi um ato isolado em si, mas uma evolução lógica, gradual e cronológica. Assim, em primeiro

plano, pode-se afirmar que também os romanos se valeram do direito natural e, mais adiante, viveu-se a fase jurisprudencial, na qual os conflitos eram pensados como problemas a serem resolvidos por via de uma autoridade constituída pelo Estado. Por consequência, a fonte do direito era decorrente da experiência da autoridade investida. Por óbvio, há havia uma legislação escrita, mas esta era muito especializada e se limitava, de forma supletiva, a matérias muito específicas. Porém, a maior evolução do direito neste período é, a nosso ver, a existência de uma documentação do pensamento jurídico, que se processava por via das *respostas*, como sendo o registro das questões tratadas entre os juristas e as partes, não podendo ser propriamente a legislação escrita.

Pode-se atribuir a sistematização da ciência jurídica à Universidade de Bolonha que, na Idade Média, vinculou os textos romanos, passando a harmonizá-los sob uma análise crítica e feita por estudiosos. Nesse sentido, discorre Rosa Maria de Andrade Nery:

É com o Direito Romano que nasce a possibilidade de uma ciência do Direito como ordem normativa. O conhecimento do direito como, nos países que seguem a tradição romana, iniciou-se com a denominada *jurisprudentia*, uma técnica de pensar problemas enquanto conflitos a serem resolvidos por uma decisão de autoridade.⁵²

Entre os séculos XVII e XVIII, período conhecido como racionalista, os textos romanos foram substituídos pelo princípio da razão e sistematicamente organizados, passando a ser base do pensamento jurídico conhecido. Tudo isto, em decorrência do desenvolvimento do pensamento de que a ordem social demanda uma organização racional. O que de fato se abstrai deste relato sintético, é que sempre houve uma tendência natural entre a aplicação da *Common Law* e da *Civil Law*, sistemas de Direito, que têm rodeado o Ocidente. O sistema da *Civil Law* tem como fonte direta a tradição do Direito Romano, enquanto que o sistema *Common law* sofre influência direta do Direito Saxônico.⁵³

Acerca dessa questão, *Hans Kelsen*⁵⁴ propõe a ‘*Teoria Pura do Direito*’, superando a lógica aristotélica e adotando a lógica kantiana, alterando, sobremodo, o ponto nevrágico do ‘ser’ para o ‘dever ser’. No entendimento de Kelsen, o termo ‘norma’ indica que algo deve acontecer ou ser e, por consequência, o ser humano dever comportar-se em conformidade

⁵² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2008, p.73.

⁵³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p.75.

⁵⁴ KELSEN, Hans . *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

com regras de conduta, vale dizer, de maneira determinada. Importante, ainda, observar que o sistema comumente conhecido como civilista privilegia a legislação como fonte imediata do Direito, nele adotando-se a codificação, visto que revela os valores da sociedade e a estruturação do ordenamento jurídico.

Outras tentativas ao longo dos séculos buscaram este caráter de formalismo para agregá-lo aos sistemas legais, cada qual com seu peso e representatividade no compêndio histórico. Pode-se citar, assim, do Código de *Hamurábi*⁵⁵ à Bíblia que, catalogados de forma sistêmica, criam uma série de padrões e normas de conduta social a serem seguidos, sem entrar no mérito da importância social de cada um destes códigos, não lhes podendo creditar relevância no que tange à fixação de um sistema jurídico específico.

Ainda sobre a *Civil Law*, é mister referir a Revolução Francesa e o Código de Napoleão, marcos de real relevância histórica, pois a partir do pensamento de Montesquieu houve uma elevação da norma escrita à categoria de supedâneo jurídico e fonte do Direito. Com este marco histórico, os costumes perderam relevância como fonte do Direito passando a segundo plano, sendo que o Código de Napoleão ganhou verdadeira identidade com os ideais da Revolução Francesa.

É da nossa cultura a adoção do sistema civilista (ou *Civil Law*), fundamentalmente catalogado, tendo a Lei como fonte prioritária do Direito. Contudo, não se deve olvidar a utilização sistemática e algumas noções do sistema da *Common Law*, fato de extrema importância na determinação dos caminhos que o Direito Processual Civil deve trilhar e, sobre a manutenção da utilização do referido sistema na Inglaterra e Estados Unidos da América do Norte assim discorre o amigo e ilustre mestre José Luiz Quadros.⁵⁶

A forma pela qual se distribuem os artigos da Constituição norte americana é completamente deferente de todas as outras examinadas, e nem por isto menos eficaz. Portanto, se a constituição dos EUA tem mais de 200 anos, isto se explica pelo sistema jurídico do *common Law*. Afinal, entre os textos constitucionais ingleses encontramos a Magna carta, datada de 1215.

⁵⁵ CÓDIGO DE HAMURABI. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo.

Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em 15 de março de 2009.

⁵⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Malheiros, 2002, p. 87.

2. A jurisdição e a competência

Considerando-se a jurisdição como o meio pelo qual o Estado manifesta seu poder, pode-se esperar, de forma indubitável, que este poder, a forma e o meio de sua atuação há de variar de Estado para Estado. Ainda que os objetivos sejam os mesmos, certamente se processaram por mecanismos diferentes, porém, não se pode esquecer que o processo é um poderoso meio pelo qual a jurisdição se expressa e sem ele, não há aplicabilidade à Jurisdição. Aparentemente, a questão restou pacificada, contudo, ao advento de novos mecanismos de processamento da jurisdição e da internacionalização do processo, volta-se a vivenciar resquícios de conflitos próprios à interação procedural. Lembre-se, por oportuno, que a Jurisdição não é exercida por meio unicamente técnico, pois ela também se materializa por vias políticas e sociais, elementos que não devem ser postos de lado nesta análise, já que se vivencia uma multinacionalização do Direito.

Aliás, este argumento conduz à verificação da chamada competência internacional. É entendimento pacificado que o Estado pode ser chamado a conhecer de qualquer causa. Certamente, por ser a Jurisdição objeto do poder Estatal, não é possível desconsiderar esta possibilidade. Porém, a pergunta que não se cala: será a solução jurisdicional efetiva? Neste sentido, adentra-se à seara da competência internacional exclusiva, ou seja, por motivos óbvios, o Estado limita sua atuação às causas em que se consegue dar efetividade aos julgados com o cumprimento da decisão. Considerando-se que a sentença não mais põe fim ao processo, a efetividade do julgado deve fazer parte do processo de conhecimento e, por consequência, a entrega do postulado há de ser amplamente totalizada na efetividade do *decisum*, conforme prescreve o artigo 475, I a M, do Código de Processo Civil.

À divisão clássica de critérios adotados por Chiovenda,⁵⁷ (objetivo, funcional e territorial), vê-se que o critério territorial é um dos elementos utilizados na fixação da competência jurisdicional. Importante externar, segundo o pensamento do mesmo doutrinador, que o critério territorial se sublima ao da competência funcional, já que indiferente do lugar onde a Jurisdição executa, é exercida por alguém com capacidade técnica e funcional para tanto. Ou seja: somente o funcionário público dotado da investidura da Magistratura tem competência funcional para exercer tal

⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1942. p. 214/215.

atividade. O critério territorial, muitas vezes denominado competência de foro e, em condições internas, se restringe a limitar as dimensões territoriais de atuação de cada órgão jurisdicional, tornando razoável o exercício da atividade em si.

O primeiro problema a ser superado é o Princípio Constitucional do Juízo Natural, que veda o juízo de exceção, como não poderia deixar de ser, por questão de garantia. Ocorre que as novas situações processuais decorrentes da abertura de fronteira, demandam por prorrogação da competência e, muitas vezes, da Jurisdição, fato para o qual não há previsão legal. A questão ganhou nova conotação com a Lei n. 11.419, de 2006, que deu conotação que extrapola os limites de fronteiras, na medida em que se implantam os procedimentos que viabilizam a utilização dos atos processuais por meios eletrônicos. São os chamados “e-processo”, processo digital, processo virtual, telemático, etc. Mais ainda, deve-se atentar para o fato que a Internet é terra sem fronteira, com linguagem própria e, para sua utilização, exige-se conhecimentos específicos.

Faz-se necessária uma avaliação dos objetivos do legislador e dos princípios constitucionais atinentes ao assunto. Assim, a lei tramitou no ano de 2001 e durante a tramitação do projeto de Lei divulgou-se que o objetivo do documento legal era o de criar meios e recursos que permitissem a consecução de atos processuais por via de dispositivos eletrônicos. Havia um consenso de que a Lei em questão traria em si um aprimoramento nos recursos de Informática utilizados pelo Poder Judiciário, na medida em que daria certa celeridade processual, ao propiciar a comunicação de atos processuais, bem como a protocolização de peças processuais por via eletrônica. Ora, celeridade processual é um bem buscado desde os primórdios da formação da ciência jurídica e, infelizmente, ainda não alcançado.

Assim, ultrapassados quase três anos de sua vigência, somente agora e de forma muito superficial é que são vislumbrados os efeitos positivos do referido diploma legal que, de forma muito incipiente, vem sendo empregado em alguns dos Tribunais de Pequenas Causas. Não se ofendeu a territorialidade obrigando o operador do Direito, em muitas oportunidades, a se deslocar por larga extensão territorial com o mero objetivo de protocolizar uma peça processual de menor envergadura. Do mesmo modo, não se pode declinar que os sonhados efeitos não se fazem sentir, já que intimações eletrônicas são de extrema eficiência e conhecimento imediato, o que confere ao procedimento eletrônico o controle das atividades do Poder Judiciário e dos atos processuais em tempo real, oportunizando aos

operadores informações imediatas e, às vezes, até mesmo a aplicação efetiva de determinado remédio jurídico sem a necessidade de locomoção, independentemente da distância em que se encontra do Tribunal. Tudo se canaliza no sentido de que, de fato, a médio prazo, o objetivo do legislador se fará sentir em todo o âmbito do Poder Judiciário, porém não de imediato, como almejado. Se por um lado é assim, por outro, já surgem questionamentos sobre a legalidade da prática de atos processuais eletrônicos e, no meio acadêmico, já subsiste a discussão significativa acerca da efetividade destes atos. Um exemplo disso, seria a oitiva de testemunha por teleconferência, defendendo os mais extremistas que se perde a aplicação do princípio da identidade física do juiz já que, de fato, a distância pode minimizar ou mesmo dirimir por completo a capacidade do julgador de avaliar o comprometimento do depoente com a verdade, objeto láureo do processo.

Ainda neste diapasão, outra questão que merece especial atenção é a autenticidade do recebimento de determinada notificação ou intimação, muito mais esta última pois, via de regra, são peremptórias causando prejuízo às partes e ao procedimento o seu descumprimento. A questão é que ainda não há segurança suficiente nos equipamentos eletrônicos, de forma que a leitura pode ser executada por qualquer pessoa. Do mesmo modo, por agora, não se exige do intimado ou notificado a autenticação do ato, fato que, por si só, pode causar atraso e prejuízo irreparável às partes e ao processo. Isso pode causar, inclusive, a nulidade absoluta de determinados atos imprescindíveis ao deslinde do feito, tornando-os imprestáveis ao procedimento. Aqui não cabe objeção ferrenha ao procedimento, muito ao contrário, defende-se a utilização de tecnologia no processo, porém, pensa-se que a metodologia utilizada ainda não se encontra desenvolvida suficientemente para dar ao processo eletrônico o respaldo que dele se espera, muito mais se o raciocínio se direcionar à amplitude que a globalização deve emprestar ao MERCOSUL.

A fusão destes dois conceitos conduz a outras questões que devem ser tratadas com o mesmo cuidado. Em primeiro lugar, a segurança no ciberespaço que, como é de domínio público, foi, é e será alvo de ataques e violações de todo gênero, prejudicando, sobremodo, o resultado do processo que, uma vez violado, estará mortalmente comprometido. Ainda neste sentido, a legislação criminal pátria prescinde de mecanismos efetivos e recursos tecnológicos suficientes para frear a crescente onda de violação de espaços seguros na Internet.

Outra questão crucial é que os juizados, não estão arquivando os documentos físicos enviados a protocolo, para os quais se adota o processo eletrônico. Tudo parece perfeito, porém, pensa-se, a fase ainda é embrionária e qualquer problema de controle deverá conduzir à impossibilidade de reconstituição dos atos processuais. Ainda nesta esteira, é mister discorrer sobre a questão da exclusão digital, fato notório, de conhecimento público e que pode dificultar e até mesmo inviabilizar o acesso de muitos à Justiça, principalmente em se considerando que a Lei 9.099, de 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, também derrogou, em parte, o *jus postulandi*, permitindo aos menos abastados o acesso direto à Justiça. Em contrário senso, sem assistência de advogado, transformam estes mesmos juizados em eletrônicos, não permitindo outra forma de acesso. A justiça espanhola tratou da questão de forma mais eficaz e, no artigo 162, da Lei N. 1/2000, *Ley de enjuiciamiento*, estabeleceu:

Art. 162. Actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares. 1. cuando los juzgados y tribunales y las partes o lo destinatarios de los actos de comunicación dispusieren de medios electronicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, e de otra classe semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación e de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción integras y del momento em que se hicieron, los actos de comunicación podrán efectuarse aquellos medios, com ela cuse de reciboque proceda... (Grifou-se)⁵⁸

Daí infere-se a necessidade de uma gama efetiva de alteração na legislação processual nacional, visando a adaptar-se no sentido de promover a segurança e a autenticidade destes atos. Porém, advoga-se no sentido de que, ainda não há uma atitude volitiva do Poder Legislativo para a questão. Merece especial atenção, também, o fato de que a Lei n. 11.419, de 2006, alterou substancialmente a forma, a execução e o horário em que se praticam os atos processuais. É de se atentar que há um conflito entre a norma de caráter geral e a norma especial, já que não há remissão expressa à alteração do artigo 172, da Lei n. 5.869, de 1973, (Código de Processo Civil Brasileiro), dispondo que “os atos processuais realizar-se-ão nos dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas”, em dissonância com preceituado na Lei n. 11.419, de 2006, que estabelece o limite da 24 (vinte e quatro) horas para a execução dos atos processuais. Mister, ainda, ressaltar que o referido diploma legal, alterou artigo 154, do CPCB, incluído um parágrafo único e, nele estabelecendo a possibilidade de os tribunais locais, no âmbito de sua

⁵⁸ ESPANHA. Lei N. 1/2000, artigo 162. *Ley de enjuiciamiento*.

Jurisdição, disciplinarem a prática dos atos processuais eletrônicos. Situação vista como imprópria foi a modificação ao artigo 154, do CPC, que conta com um parágrafo único e um parágrafo segundo, constituindo-se em um constrangimento de organização legislativa. Imprópria também a redundância parágrafo segundo, que regula a possibilidade da execução de atos processuais por meios eletrônicos. Com base neste dispositivo, é observável que há uma conjunção, no sentido de viabilizar e implantar os atos eletrônicos processuais nas esferas judiciais de forma ostensiva, porém, ainda não se demonstrou real preocupação com seus efeitos e com as dificuldades que a nova sistemática processual dever instaurar.

3. Os Tribunais arbitrais

Ultrapassada a questão do *e*-processo, mas ainda com referência à competência, evidencia-se outra questão crucial, qual seja, a da instituição dos Tribunais de Arbitragem. A primeira dúvida imposta é se há prorrogação da competência e do poder estatal para esta instituição. Acredita-se que a questão já tenha restado pacificada e que não subsiste mais dúvida de que o Tribunal de Arbitragem opera sob a tutela estatal, exercendo *munus publicum*. É de se salientar que a criação dos referidos tribunais se recolheu à sombra da legislação brasileira que, de forma sábia e técnica, se viu amparada pelo Princípio do Juízo Natural incrustado no artigo 5º, XXXVII e LIII da Constituição da república de 1988. Esse princípio, em síntese, estabelece que apenas por disposição legal é que se poderá estabelecer a competência dos órgãos jurisdicionais. A dúvida era se esta disposição não violava o princípio previsto no artigo 1º, do CPCB, que estabelece que “a jurisdição civil, contenciosa e voluntária será exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme, as disposições que este código estabelece”, donde se infere que há uma conjunção entre o princípio do juízo natural previsto no artigo 5º, XXXVII e LIII da CR/1988 e o artigo 1º, da Lei n. 5.869, de 1973, o que não poderia ser diferente. Contudo, esse fato pode, em princípio, deixar a sensação de que apenas o juiz munido da investidura do cargo tem competência para conhecer, processar e julgar, com base na Jurisdição. Essa questão foi, aliás, tratada por Marinoni e Arenhart:

O Princípio da competência sobre a competência. Este é o princípio que baliza toda verificação e os incidentes a respeito da competência. De acordo com esse princípio (chamado, pelos alemães, de *Kompetenz-Kompetenz*), todo juiz tem competência para apreciar sua competência para examinar determinada causa. Trata-se de decorrência inevitável da cláusula que

outorga ao magistrado da causa o poder de verificar a satisfação dos pressupostos processuais. Se a competência é um destes pressupostos, é natural que o juiz da causa tenha o poder de decidir (ao menos em primeira análise) sobre sua competência.⁵⁹

A questão é que no sistema legal brasileiro, há reconhecimento da prorrogação da competência por dois meios ou formas, a legal e a voluntária, sendo que esta última, é decorrente da vontade e manifestação das partes. Exclui-se, propositadamente da análise, a prorrogação tácita da competência, já que esta é decorrente da omissão das partes na exceção de incompetência, e a primeira por disposição legal. A divergência doutrinária é no sentido de que as partes elegem um foro e nunca um juízo, razão pela qual subsistiu a discussão sobre a competência do juízo arbitral.

Neste sentido, o novo entendimento do processo brasileiro tem reconhecido a forma alternativa do exercício das atividades estatais. A premissa é decorrente da necessidade que tem o Estado de dar efetiva e rápida solução às demandas, já que é entendimento público o de que *justiça tardia não é justiça* e o de que o aparato judiciário não está equipado com recursos humanos e tecnológicos em quantidade suficiente para atender ao volume atual e crescente de demandas ou de busca do auxílio, por via da prestação da tutela jurisdicional.

Com efeito, diante da necessidade da efetividade da tutela jurisdicional, veio a calhar a Lei N. 9.307, de 1996, que instituiu a arbitragem e, de forma especial, estabeleceu algumas condições para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. É claro que, em se considerando o discorrido, em tese, não se pode creditar à Arbitragem a capacidade jurisdicional, já que este é um poder do Estado. Também não é desconhecido o fato de que as atividades privadas podem e conduzem à pacificação social, ainda que não investidas da atividade jurisdicional. A questão mais relevante é que o acordo homologado por via da Arbitragem prescinde de homologação do Poder Judiciário e está impossibilitado de rediscussão, ainda que na esfera judicial. Ocorre que tal procedimento só é possível e atinge a direitos patrimoniais disponíveis, permitindo, ainda, a verificação por via de remédio próprio, a decretação de nulidade da sentença arbitral, de forma que estamos diante de instituto muito próximo ao acordo extrajudicial, derrogando-se ao Juízo Arbitral a mesma competência que se dá às Juntas de Conciliação. De sorte que se pode

⁵⁹ MARINONI, Luiz Gulherme e Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de Processo Civil*, V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

creditar ao procedimento a mesma força que se dá à prestação deferida da tutela jurisdicional.

Neste sentido, não se pode deixar de apreciar a modificação e o princípio carreados à CR/88 pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, vale dizer ao Princípio da Razoável Duração do Processo. Nesse norte, o inciso LXXVIII, da Constituição de 1988, recebeu a colaboração da Emenda 45, de 2004, para assim compor seu texto: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Claro está que o referido princípio, não passaria de utopia se o Poder Judiciário não se valesse de meios alternativos, acessórios ou deferidos na busca da solução de conflitos. Alguns autores com muita propriedade discorrem que para que o texto em questão ultrapasse o papel, necessário seria a minimização da possibilidade de recursos. Nesse sentido, Misael Montenegro leciona:

Na nossa compreensão, a razoável duração do processo só será alcançada com a aprovação de projetos que evitem a proliferação de recursos destinados a toda e qualquer decisão judicial, bem como por meio de uma maior originalidade do operador do Direito, incluindo-se os acadêmicos de Direito, os magistrados e, principalmente, os advogados.⁶⁰

Pensa-se que os recursos são meios legais e hábeis utilizados na defesa do interesse do demandante; limitar sua possibilidade seria limitar o acesso à Justiça e, principalmente, cercear o direito de defesa do litigante. Ao nosso entendimento, melhor eficácia poderia ser dada ao dispositivo com os implementos de novos meios para a persecução da Jurisdição e, especialmente, da aplicação efetiva de multa ao caso de recursos meramente protelatórios, ainda que, dificilmente, se consiga demonstrar na prática, tal pretensão. Certo é que não se pode, com a justificativa da necessidade premente de celeridade processual, permitir a consumação de erro de julgamento sob a égide de que se está evitando a interposição de recursos meramente protelatórios.

Sobre a busca da efetividade da tutela jurisdicional, com propriedade, assim discorreu Humberto Teodoro Júnior:

as reformas por que vem passando o direito processual civil, entre nós, refletem uma tomada de posição universal cujo propósito é abandonar a preocupação exclusiva com conceitos e formas, “para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade

⁶⁰ FILHO, Misael Montenegro. *Curso de Direito Processual Civil*. 4^a ed. V. I. São Paulo: Atlas. 2007. p. 40.

que dela se espera”. Hoje, o que empolga o processualista comprometido com o seu tempo é o chamado “processo de resultados”, Tem-se plena consciência de que o processo, como instrumento estatal de solução de conflitos jurídicos “deve proporcionar, a quem se encontra em situação de desvantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos da proteção. Ao invés de fixar-se na excessiva independência outrora proclamada para o direito processual. A ciência atual emprenha-se na aproximação do processo ao direito material. A técnica processual não pode continuar sendo vista como um fim e si mesma.⁶¹

Acertadamente, entende o ilustre mestre que a efetividade do processo só será alcançada se este se valer da instrumentalidade que se lhe empresta, posição com a qual concordamos. De fato, na medida em que o Estado promove meios e recursos capacitados a emprestar ao processo esta instrumentalidade, mais eficiente e efetivo aquele se torna na prestação da tutela jurisdicional.

Conclusão

Como observado alhures, nada de novo se credita à doutrina processual, a não ser o fato de que o Estado vem buscando novos mecanismos para disponibilizá-los à sociedade. Velhas teorias e metodologias retomam ao primeiro plano, com uma máscara nova de forma a lhe creditar roupagem de aparência inusitada. Questões que discorrem sobre a internacionalização da competência em razão do lugar estão sendo discutidas e, sem dúvida, há que se optar por um fórum internacional que, certamente, deverá ultrapassar a questão da utilização do vernáculo, da matéria e do lugar, para se fixar na competência em função da pessoa e de sua nacionalidade, marco que deverá ser considerado para atender à necessidade da globalização.

De certo que os mecanismos verificados deverão ser adaptados e melhorados objetivando a utilização dos mesmos neste novo segmento da Jurisdição. Levando-se em consideração a capacidade exclusiva de legislar sobre matéria processual do Estado brasileiro, a questão também há de passar por ampla e aberta discussão, já que deverá ser superada e, certamente complementada, pela criação de fórum internacional restrito aos mercados supranacionais emergentes.

⁶¹ JÚNIOR, Humberto Teodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, 46^a ed. V.I. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.19.

Referências

- BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1942. v.1 p.214,215.
- CÓDIGO DE HAMURABI. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo*. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em 15 de março de 2009.
- FILHO, Misael Montenegro. *Curso de Direito Processual Civil*. 4^a ed. V. I. São Paulo: Atlas. 2007.
- GUIMARÃES, Affonso Paulo. *Noções de Direito Romano*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- JÚNIOR, Humberto Teodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, 46^a ed. V.I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KELSEN, Hans . *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MARINONI, Luiz Gulherme e Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de Processo Civil*, V.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Malheiros, 2002.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2008.
- RABINOVICH-Berkiman, Ricardo David. *Un viaje por la historia Del derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2007.