



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Gustavo Quintanilha Telles de Menezes

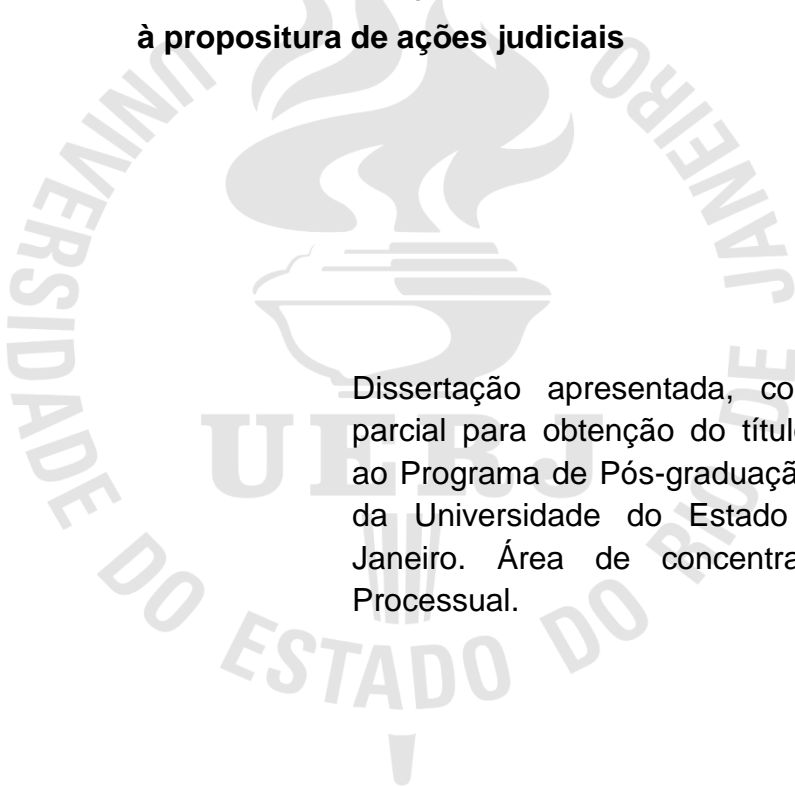
**A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os
filtros legítimos à propositura de ações judiciais**

Rio de Janeiro

2011

Gustavo Quintanilha Telles de Menezes

**A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos
à propositura de ações judiciais**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador : Prof. Dr. Leonardo Greco

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE

UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S683p Menezes, Gustavo Quintanilha Telles de.

A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à postura de ações judiciais. / Gustavo Quintanilha Telles de Menezes. – 2012.

145 f.

Orientador: Leonardo Greco.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito Processual. 2. Fase Pré-processual- Teses. 3. I. Greco, Leonardo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.9

Autorizo, apenas, para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Gustavo Quintanilha Telles de Menezes

**A fase pré-processual : o ônus de preparação da demanda e os filtros
legítimos à propositura de ações judiciais**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 04 de julho de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leonardo Greco

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Humberto Bernardina Dalla

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Diele Nunes

Faculdade de Direito da UFMG

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pelos valores que me ensinaram e que tento inculcar em tudo que faço.

Ao meu irmão, que me introduziu no Direito e cujo exemplo busco seguir todos os dias.

À Ludmila, pela compreensão e apoio nas horas abdicadas ao estudo, e pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Professor Doutor Leonardo Greco pelas aulas, desde a graduação até o mestrado – que busquei inspirado em seu exemplo como professor e jurista – bem como pela especial honra de tê-lo como orientador de minha dissertação e, ainda, por seus valiosos ensinamentos sobre a humanização do processo, que hoje são marca indelével da visão que tenho do Direito Processual.

Agradeço, outrossim, aos demais professores da pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bem como aos colegas dos cursos de mestrado e doutorado, pela experiência compartilhada, textos cedidos e indicados, ideias discutidas e, principalmente, pela excelente companhia nas aulas e momentos de pesquisa.

RESUMO

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais*. 2011. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

O presente estudo analisa a importância da fase *pré-processual*, compreendida entre o momento em que surge o conflito de interesses no âmbito da sociedade e aquele em que é deflagrada a ação cível. Desenvolve-se o estudo de institutos do direito comparado, que incutem a noção de elevada utilidade da regulação da conduta pré-processual das partes e advogados – como os *pre-action protocols* e a *disclosure* do direito inglês e a similar desta no direito estadunidense, a *discovery* – o que evidencia que é a preparação adequada da demanda que permite a superação dos filtros legítimos à propositura de ações. Verifica-se que há procedimentos prévios, preparatórios à ação judicial na legislação vigente, que passam quase despercebidos da doutrina tradicional. A apuração da existência de filtros legítimos à propositura da ação, induz a conclusão de que efetivamente que existe um ônus jurídico de preparação da demanda na fase pré-processual, cuja não observância prejudica o acesso à justiça – compreendido o acesso à justiça sob a perspectiva de uma tutela jurídica efetiva, que seja resultado de um processo garantístico – além dessa omissão acarretar consequências desfavoráveis para a parte, que vão desde a demora na prestação jurisdicional até a inviabilização da tutela jurisdicional. O magistrado deve exercer um juízo sobre a superação ou não destes filtros pela parte que propõe a demanda, verificando se a mesma é ou não admissível, podendo o processo formar-se e desenvolver-se validamente: este é o juízo de admissibilidade da demanda cível que examina a conduta pré-processual das partes e se o ônus de preparação adequada da demanda foi desempenhado.

Palavras-chave: Fase pré-processual. Ônus de preparação da demanda. Filtros legítimos.

ABSTRACT

This study examines the importance of the pre-trial stage, between the time when the conflict of interest arises in the society and one in which the civil action is triggered. A comparative law institutes study was conducted, to instill the notion of high utility of the regulation of pre-procedural conduct of the parties and lawyers - as the pre-action protocols and disclosure of English law and American law similar to this, the discovery – to evidence that the adequate demand preparation is that an overrun of filters to bringing legitimate actions. There are previous procedures, preparatory to the lawsuit in the current law, which pass almost unnoticed from the traditional doctrine. The determination of the existence of legitimate filters to the filing induces the conclusion that indeed there is a legal burden of preparing the application in the pre-procedural stage which affects access to justice – access to justice understood from the perspective of effective legal protection, which is the result of a procedure fraught with guarantees – beyond this omission cause adverse consequences for the party, ranging from delays in the adjudication to the impracticability of a decision. The magistrate must analyse the overcoming these filters or not by the party that is offering the demand, checking whether it is admissible or not, and if the process can be formed and grow properly: this is the judging of the admissibility which examines the party's pre-procedural conduct and if legal burden of preparing the application in the pre-procedural stage was accomplished.

Keywords: Pre-procedural. Burden of preparing the application. Filters legitimate.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	A FASE PRÉ-PROCESSUAL DE PREPARAÇÃO DA DEMANDA ...	14
1.1	A função social da preparação da demanda	14
1.2	O amadurecimento do conflito e a oportunidade para a autocomposição	18
1.3	O reflexo no processo do contato humano e da produção de provas prévios	19
1.4	A influência da adequada preparação da demanda na solução justa do conflito judicializado	21
1.5	A orientação legal para a preparação da demanda e a legítima consideração da conduta das partes na preparação da demanda, por ocasião do julgamento da causa	25
1.6	O ônus jurídico da preparação adequada da demanda	27
2	A EXPERIÊNCIA DO DIREITO INGLÊS: PRE-ACTION PROTOCOLS	30
2.1	Breve nota sobre a Reforma Inglesa	30
2.2	Protocolos Pré-Processuais (Pre-Action Protocols)	33
3	JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO CÍVEL	38
3.1	Pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo examináveis no recebimento da inicial	39
3.1.1	<u>Ordem lógica do exame de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo</u>	38
3.1.2	<u>Aptidão da petição inicial: descrição clara dos fatos e elaboração correta do pedido</u>	41
3.2	A verificação inicial das condições para o legítimo exercício do direito de ação	43
3.2.1	<u>Verificação inicial se dos fatos alegados decorre o direito afirmado</u>	43
3.2.2	<u>A impossibilidade jurídica do pedido como questão de mérito</u>	46
3.2.3	<u>A impossibilidade de “trancamento” da ação cível com supressão de instância</u>	48

3.3	O exame dos requisitos de admissibilidade no exercício do poder de admissão	50
4	OS BENEFÍCIOS DA ADEQUADA PREPARAÇÃO DA DEMANDA.	53
4.1	Maior envolvimento das partes na solução de seus litígios	53
4.2	Menor intromissão do Poder Judiciário na esfera privada	54
4.3	Aumento das garantias processuais	56
4.4	Celeridade processual.....	57
4.5	Melhoria na qualidade das decisões.....	58
4.6	Diminuição do número de processos nos Tribunais e do gasto público com a prestação da jurisdição	60
5	A FINALIDADE DOS FILTROS LEGÍTIMOS À PROPOSITURA DA AÇÃO	63
5.1	Necessidade de filtros.....	63
5.2	Utilidade das normas que orientam a forma de apresentação das demandas em juízo	65
5.3	Influência da preparação da demanda no tempo do processo.....	67
5.4	Contribuição para a qualidade das decisões	69
5.5	Fomento à composição extrajudicial sem violação do acesso à justiça.....	72
5.6	Barreira ao demandismo irresponsável	75
5.7	Da sobrecarga do judiciário como ilegítimo fundamento exclusivo para filtros à propositura de demandas judiciais	77
6	FILTROS LEGÍTIMOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE.....	79
6.1	Justificativa da indicação dos filtros presentes na legislação brasileira.....	79
6.2	As despesas processuais.....	80
6.2.1	<u>A remuneração dos serviços judiciários</u>	81
6.2.2	<u>A gratuidade legítima de justiça.....</u>	82
6.2.3	<u>A isenção de despesas processuais e o clientelismo judicial.....</u>	84
6.2.4	<u>A isenção de despesas processuais no juizado especial.....</u>	86
6.2.5	<u>Honorários advocatícios contratuais : o difícil ressarcimento.....</u>	88
6.3	Patrocínio obrigatório.....	89

6.3.1	<u>A norma constitucional</u>	89
6.3.2	<u>A experiência dos juizados especiais</u>	91
6.3.3	<u>A conduta e a ética pré-processual do advogado</u>	93
6.3.4	<u>A responsabilidade do advogado na preparação da demanda</u>	96
6.4	Documentos indispensáveis	97
6.4.1	<u>Comprovação documental da qualificação dos sujeitos do processo e da existência da relação jurídica</u>	97
6.4.2	<u>Documentos de acesso público</u>	101
6.4.3	<u>A indicação mínima de indícios de veracidade das alegações</u>	108
6.4.4	<u>A apuração do cumprimento do ônus de juntada de documentos essenciais</u>	103
6.5	Procedimentos extrajudiciais preparatórios	104
6.5.1	<u>Notificação prévia na alienação fiduciária e no arrendamento mercantil</u>	104
6.5.2	<u>Notificação para extinção de comodato</u>	106
6.5.3	<u>Consignação em pagamento extrajudicial</u>	108
6.5.4	<u>Embargo extrajudicial de nunciação de obra nova</u>	109
6.5.5	<u>Requerimento administrativo anterior ao habeas data</u>	110
6.5.6	<u>Memória de cálculo</u>	113
6.5.7	<u>Protesto prévio na falência</u>	114
7	ALTERNATIVAS PARA UMA MELHOR PREPARAÇÃO DA DEMANDA	115
7.1	Contato prévio entre os advogados das partes	115
7.2	Estruturação clara da petição inicial	116
7.3	Providências administrativas obrigatórias	118
7.4	Procedimentos extrajudiciais preparatórios vinculantes	121
7.5	Protocolos de contato e prova	121
8	CONCLUSÃO	125
	REFERÊNCIAS	138

INTRODUÇÃO

A demanda pode ser vista, sob o prisma social, como um culminar de um conflito entre indivíduos, em que não verificada solução coerente com a percepção de ambos os interessados sobre o sistema de direitos, um deles, insatisfeito, opta por requer a intervenção do Poder Público, para tutela de sua posição jurídica, através do exercício da função judiciária.

Com efeito, quando uma pessoa procura o Poder Judiciário, pré-existe à ação deflagrada, um conflito. Os fatos constitutivos do direito da parte autora – sem prejuízo de outros ulteriores que se somem àqueles – são anteriores à apresentação da demanda em juízo e são determinantes do desenvolvimento do processo, inclusive – e principalmente – de seu julgamento final.

Compreende-se, desde logo, a importância dos atos que antecedem o início do processo, para o Direito Processual – e não apenas para o Direito Material – haja vista que o caminhar do procedimento e a atuação judicial como um todo, inclusive a tutela efetiva de eventuais direitos, considerarão aqueles fatos anteriores.

Destacada a relevância dos fatos ocorridos antes do início do processo, afigura-se fundamental que a apresentação destes fatos em juízo, tanto quanto à sua narrativa, quanto à sua comprovação, seja feita de forma completa e organizada.

Neste ponto, observa-se uma ótica diferenciada deste estudo, que não analisará o processo a partir da perspectiva de que é uma *ultima ratio*, quando falha a autocomposição, mas sim sob o ângulo de que os próprios atos atinentes à adequada preparação do processo, podem e devem funcionar *simultaneamente* como um estímulo e uma orientação à autocomposição.

Esta é a nota que permite analisar a preparação da demanda, não como um *obstáculo* ao acesso à justiça: os atos preparatórios podem ser legitimamente esperados, antes da deflagração do processo, posto que têm a característica de *concomitantemente* viabilizarem uma melhor compreensão do litígio e suas possibilidades pelas partes e, conseqüentemente, servirem de facilitador para uma solução do conflito, processual ou extraprocessualmente.

Além disso, como se tentará demonstrar a diante, são os atos preparatórios que determinam diversos pontos de desenvolvimento da relação processual e até mesmo seu resultado, pelo que não apenas devem ser estudados dentro da

sistemática processual, como são de alta relevância para que o processo atinja seu objetivo precípuo, qual seja, *a solução justa do conflito*.

A adequada preparação da demanda não é um *óbice* ao acesso à justiça, ao contrário, percebido o acesso à justiça numa perspectiva *ampla*, que abarca não apenas a propositura da demanda, mas sua conclusão, com a resolução justa do conflito e tutela concreta de eventual direito no mundo dos fatos, funciona a preparação da demanda como um *propulsor* e um *catalisador* do acesso.

A deflagração da ação cível é ponto primordial do estudo do processo, que comumente não recebe da doutrina uma dedicação especial, não obstante seja tema de alta relevância.

A própria observação empírica da atividade forense, evidencia a existência de *filtros* jurídicos que somente dão – ou não – passagem às pretensões deduzidas em juízo que reúnam certos requisitos. A noção de filtro é utilizada para definir essas regras que, se consideradas em conjunto, apresentam-se como obstáculos razoáveis ao exercício do direito de acesso à jurisdição.

Não há dúvida que há óbices práticos (p.ex. a inexistência de juízo próximo à residência do cidadão) e outros tantos ilegítimos, que, em verdade, não são o objeto deste trabalho, embora sejam apontados sempre que o texto conduz a sua discussão.

Especialmente no que toca os filtros ilegítimos, são verificados os limites imanentes dos filtros legítimos, que assim podem ser classificados somente quando não transcendam sua função de delimitar demandas regulares e viáveis.

A pesquisa revelou a importância da fase *pré-processual*, compreendida entre o momento em que surge o conflito de interesses no âmbito da sociedade e aquele em que é deflagrada a ação cível. Deste tema ocupamo-nos no primeiro capítulo.

Interessante que, à semelhança de outros temas encontrados espaçados na legislação antes de terem sido consolidados para fim de estudo¹, verifica-se que há procedimentos prévios, preparatórios à ação judicial na legislação vigente, que passam quase despercebidos da doutrina tradicional.

A apuração da existência de filtros legítimos à propositura da ação, conduziu à conclusão de efetivamente que existe um *ônus jurídico de preparação da*

¹ Destacamos a antecipação dos efeitos da tutela, que existiu durante muito tempo em procedimentos especiais, somente recebendo uma atenção especial da doutrina após ser inserida no procedimento comum, pela Lei nº8.952/94.

demanda, nesta fase pré-processual, cuja não observância, embora não impeça o acesso à justiça, acarreta consequências desfavoráveis para a parte, que vão desde a demora na prestação jurisdicional até a inviabilização da tutela jurisdicional

Segue o estudo da fase pré-processual no segundo capítulo, com o exame de modelos do direito comparado, notadamente os protocolos pré-processuais – *pre-action protocols* – e *disclosure* do direito inglês e sua similar estadunidense, a *Discovery*.

Esses institutos incutem a noção de elevada utilidade da regulação da conduta pré-processual das partes e advogados, exatamente para que preparar adequadamente a demanda, o que lhes permite superar os filtros legítimos à propositura de ações.

Ante o entendimento de que os filtros legítimos à preparação da demanda constituem restrições razoáveis ao acesso à justiça e até o ampliam, em favor das próprias partes – compreendido o acesso à justiça na perspectiva de uma tutela jurídica efetiva, que seja resultado de um processo garantístico, que culmine com uma resolução do conflito justa e concreta – chega-se inexoravelmente à ilação de que o magistrado deve exercer um juízo sobre a superação ou não destes filtros pela parte que propõe a demanda, verificando se a mesma é ou não admissível, podendo o processo formar-se e desenvolver-se validamente.

Inequívoco que somente podem ser considerados legítimos, filtros que respeitem as limitações individuais de cada parte e as garantias processuais. Filtros ilegítimos são inconstitucionais e devem ser afastados pelo julgador, no momento de sua análise.

Nesse passo, resta claro que o juiz examina os requisitos de admissibilidade da demanda e, caso haja alguma irregularidade, oportuniza à parte o reparo necessário para a superação dos filtros, exercendo em seguida o *juízo de admissibilidade*, cujo estudo é desenvolvido no terceiro capítulo, examinando esse momento processual inicial, que se afigura crucial para a sistemática processual.

Os capítulos que se seguem buscam apontar benefícios desses filtros e elencar de forma mais estruturada sua finalidade. A demonstração da compatibilidade quase natural da regulação da preparação da demanda é feita com o exame de filtros existentes na legislação vigente, cuja função de orientar e vincular a preparação da demanda, não raro passa despercebida; é o caso da notificação prévia na alienação fiduciária e no arrendamento mercantil, da notificação para

extinção de comodato, da consignação em pagamento extrajudicial, do embargo extrajudicial de nunciação de obra nova, da necessidade de recusa anterior ao habeas data, entre outros, podem ser agrupados sob a classificação de atos pré-processuais.

O último capítulo destina-se a apresentação de alternativas possíveis para uma melhor preparação da demanda, que se legitima pelas vantagens expostas, direciona-se às finalidades estudadas e considera a experiência nacional e estrangeira.

Uma demanda bem preparada será muito melhor lançada e terá muito mais aptidão para se desenvolver e ser bem sucedida. Um processo cuja demanda foi adequadamente estruturada antes da propositura enfrentará bem menos percalços e tramitará com eficiência e celeridade.

Quem prepara bem uma demanda, pode tutelar melhor e mais rápido o seu direito.

1 A FASE PRÉ-PROCESSUAL DE PREPARAÇÃO DA DEMANDA

1.1 A função social da preparação da demanda

Uma pessoa que fica doente tende a comprometer-se com sua própria cura. Da mesma forma, alguém que tenha com outrem um problema relativo à sua órbita de direitos, deve se envolver na solução da disputa, não sendo útil nem saudável, social ou individualmente, nenhuma de duas posturas: a *passividade* nem a *arbitrariedade*. Tão razoável quando esperar que as pessoas busquem a tutela judicial, preferindo-a à autotutela, é ter que a primeira conduta direcionada à tutela do direito, é a comunicação com o aquele que viola o direito, para solicitar-lhe o atendimento pacífico a sua pretensão.

O acesso à justiça amplo auxilia a pessoa que tenha um direito violado a evitar a *passividade* – ou *sujeição* indevida – pela ausência de meios de tutelar sua posição jurídica; contudo, um acesso à justiça *irresponsável* estimula a *arbitrariedade*, que pode se verificar, com o *abuso do direito de demandar*.

É arbitrária a pessoa que não busca, quando possível para si e ante as circunstâncias, a pessoa que lhe violou algum direito e oportuniza a esta que corrija sua conduta e componha eventuais prejuízos. Também configura arbitrariedade submeter a um processo judicial alguém que não resistiu previamente à pretensão deduzida em juízo. Tal conduta caracteriza *abuso do direito de ação*.

Nesse sentido, leciona Taruffo:

Alguém pode provavelmente dizer que nenhum sistema legal é completamente indiferente ao ADP (Abuso de Direitos Processuais), mas isto é apenas o começo do problema, não o fim, visto que as abordagens atuais do tópico são numerosas e várias.

Há, de fato, um largo espectro de situações diferentes: em alguns países, como, por exemplo, na França, existem regras claras e gerais concernentes ao ADP e investindo a corte com o poder de sancionar abusos. Tais regras gerais existem também em outros sistemas seguindo o modelo francês (como, por exemplo, a Bélgica e, em alguma medida, a Holanda). Na extremidade oposta do espectro, há sistemas nos quais o direito não fala abertamente do ADP, mas algumas disposições gerais falam de “lealdade e honestidade” como padrões para conduta processual das partes. (TARUFFO, 2009, p. 154)

Esclarece, ainda, o autor, que há regras similares em países latino-americanos, sendo certo que as linhas do instituto, traçadas pelo exímio doutrinador italiano, podem ser reconhecidas no nosso sistema processual. E prossegue Taruffo, apontando traços que reforçam a idéia ora sustentada:

A cláusula geral de boa-fé é também usada como um meio de colmatar as lacunas existentes em regras processuais. Este caso pode ser difícil de definir especificamente, mas o raciocínio básico é o seguinte: um ato ou uma conduta processual (ou pré-processual) não pode ser especificamente previsto e explicitamente definido como abusivo pelo direito; todavia, é entendido como abusivo porque é injustificadamente nocivo, ou implica abuso de poder, ou é leviano e dilatatório, ou é dirigido a propósitos ilegais ou inadequados etc. Na falta de uma regra específica prevenindo ou punindo tal ato ou conduta, uma referência à cláusula geral de boa fé pode ser o único meio de precisar que um padrão de lealdade foi violado. (TARUFFO, 2009, p. 158)

Por fim, tranqüiliza o autor quanto ao possível receio de que o reconhecimento da possibilidade de um eventual abuso de direito de ação, macule ou relativize a garantia constitucional de acesso à justiça:

Por outro lado, pode-se dizer que não há contradição necessária em se falar de abuso de direitos. Um direito pode ser exercido em muitos modos diferentes e com diferentes propósitos. Por isso, há também a possibilidade de distinguir condutas processuais “justas” e “corretas” daquelas “injustas” e abusivas”. Por exemplo, que eu esteja investido do direito fundamental de acesso à justiça não significa que eu esteja autorizado a propor qualquer demanda sem nenhum interesse legal, apenas com o intuito de perturbar outra pessoa. Em um caso tal, seria provavelmente dito que eu abuso do meu direito de acesso à justiça. [...]

Estes argumentos conduzem à conclusão de que não há contradição inerente entre garantias processuais e ADP. Direitos garantidos podem ser usados de formas incorretas e com propósitos inadequados e, portanto, eles podem ser objeto de abuso.[...] (TARUFFO, 2009, p. 164/165)

O que ora se pretende realçar consiste no *dever ético* – com reflexo legal – que uma pessoa tem de se comunicar com as demais pessoas da sociedade. Assim, surgindo um problema de repercussão jurídica, a pessoa que entende que seu direito foi violado deve contatar aquela a quem imputa a violação de seu direito e informá-la, não apenas de sua percepção sobre os fatos e o direito, mas das providências que espera sejam tomadas desde logo.

Se a pessoa que violou o direito da primeira, pela comunicação com esta, passa conhecer o que ela pretende e aceita rever sua posição e compor eventual dano, não existe motivo para buscar a tutela judicial.

Somente é legítima a dedução em juízo de pretensão, que tenha fundamento fático e jurídico, e *que não tenha sido atendida, apesar da tentativa pré-processual*.

Note-se que não se trata no momento de *conciliação* ou *transação*, institutos que pressupõem, ao menos em tese, concessões recíprocas que não podem ser impostas ou exigidas de quem não esteja interessado. A renúncia parcial e recíproca de direitos não pode ser *coercitiva* e a recusa em transacionar não pode jamais ser vista com arbitrária.

Por outro lado, somente com a recusa – expressa ou tácita – ou com o injusto condicionamento imposto pela pessoa violadora do direito é que se terá uma *pretensão resistida*, elementar do legítimo direito de ação².

Segundo Chiovenda (1922, p.200), “o interesse de agir consiste em que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano”. Com efeito, só a interesse na propositura de uma ação, se a pretensão autoral restar resistida, após solicitada ao réu, extrajudicialmente, sua satisfação.

Como ensina Marques:

“Somente pode exigir legitimamente o cumprimento da obrigação aquele que nisso tenha legítimo interesse. E como interesse significa posição favorável de uma pessoa no tocante a um bem, é preciso que a lei preveja essa situação da pessoa quanto ao bem, para que possa tornar-se objeto de uma pretensão legítima. Mas, se a pretensão encontra resistência ou fica desatendida, outro interesse aparece; é o de ser obtida a tutela jurisdicional, para que se resolva o conflito litigioso que como isso se provocou.” (MARQUES, 1998a, p. 301)

Verifica-se, nesse passo, que o primeiro ato pré-processual de preparação da demanda³ é necessariamente o contato com quem violou o direito, que se não atendido e recomposto, será objeto de pedido de tutela judicial.

Só a efetivação frequente desta providência – óbvia, por sinal – por si só, certamente já contribuiria para reduzir, não apenas as lesões e prejuízos daquele que teve o direito violado, como até mesmo o número de processos judiciais, posto que uma grande parte das ações é proposta sem que tenha havido sequer comunicação entre as partes, antes do processo.

Não obstante, além da simples comunicação sobre a violação do direito, faz-se necessário que aquele que reclama providência de outrem, conheça os *motivos que levaram a outra pessoa à conduta* que atingiu o seu direito, visto que não raro há fatos que justificam a conduta que restringe direitos de terceiros. Uma vez mais, o só fato da pessoa que se sentiu violada tomar ciência das razões da outra, seja pelo fato do próprio reclamante reconhecer a validade dos motivos, seja por lhe serem apresentadas alternativas à satisfação ou compensação de seu direito, podem sim evitar a necessidade de uma disputa judicial.

² Abordamos prioritariamente nesse trabalho as questões inerentes à chamada *jurisdição contenciosa*, sem dúvida a mais freqüente e complexa forma de prestação jurisdicional, embora as assertivas do texto em grande parte apliquem-se à *jurisdição voluntária*. Sobre jurisdição voluntária, leia-se GRECO. Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

³ Adotamos neste estudo a definição de *demanda* ensinada por Greco (2009, p.195), que a descreve como “o conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto litigioso, ou a pretensão sobre a qual o juiz vai exercer a jurisdição (res in iudicium deducta)”.

Além disso, não raro será a pessoa inicialmente apontada como violadora, inocente, e oportunizada a comunicação, a apontada poderá desde logo indicar o real responsável pela ofensa ao direito, poupando uma ação fadada ao insucesso, por ser a primeira indicada parte ilegítima. Há ainda os casos em que o pólo passivo de eventual ação a ser proposta deve ser integrado por mais alguém, além daquela pessoa, e tal informação poupará a dilação do processo, que poderá ser *ab initio* proposto contra todos réus⁴.

Estabelecido o contato humano e o diálogo prévios ao procedimento judicial, estará aberto campo profícuo ao debate saudável sobre o problema. As partes sentir-se-ão seguras, visto que se inócua a conversa, poderão buscar o amparo judicial. Este é ambiente ideal para tentativas de composição.

Evidente que é interessante existir normas claras, especialmente em matéria de consumo, haja vista que não raro o acesso do cidadão consumidor às grandes empresas fornecedoras é difícil. Contudo, como se verá à frente, quando examinarmos as vantagens da adequada preparação da demanda, na medida em que o juiz considere, no momento do julgamento a atitude pré-processual das empresas – por exemplo, estando mais tendente a deferir a tutela contra a empresa tenha se negado a dialogar com o consumidor – pode-se esperar uma gradativa mudança de concepção geral sobre a utilidade do contato anterior ao processo.

A adequada preparação da demanda, com diálogo humano prévio entre as partes – embora possa haver o auxílio de assessores jurídicos ou terceiros (mediadores, p. ex.) – compromete as partes com a solução do problema. Coloca-se como um meio mais *civilizado* e *maduro* de tratar o conflito, pois estimula as partes a conhecerem e compreenderem todos os aspectos da relação – inclusive aqueles que são relevantes para seu oponente – em lugar de lhes permitir a cômoda visão unilateral do postulante, que pede e espera o provimento jurisdicional, sem se sentir psicologicamente responsável pelo deslinde da causa.

Por sua natureza, a decisão judicial é externa às partes e, salvo quando se harmoniza perfeitamente com a pretensão deduzida em juízo ou encampa inteiramente a tese defensiva, não projeta nas partes uma sensação plena de

⁴ A guisa de exemplo, as milhares de ações sobre acidentes de veículos, em que o autor não dialoga com o réu e, por isso, não conhece no início do processo qual a sua seguradora; tal fato inevitavelmente retarda o processo, posto que a seguradora será denunciada da lide na primeira audiência, sendo necessária uma segunda. Melhor seria que as partes, ainda que discordantes, travassem conversa anterior ao processo, onde o autor tomaria ciência da existência de contrato de seguro e ganharia tempo no trâmite processual, propondo logo a ação contra o e réu e sua seguradora, na forma do artigo 101, inciso II, parte final, da Lei nº 8.078/90,.

justiça, posto ser uma percepção *alheia* aos interessados sobre o que é justo no caso concreto.

Inserido em nossa cultura o valor do contato prévio entre as partes, por ocasião da preparação da demanda, o sistema responsabilizaria também as partes pela solução do problema, oportunizando-lhes uma solução idealizada por eles próprios - que se amoldaria muito mais às suas concepções individuais de justiça para o caso concreto – ou, com certeza, permitiria um *fluxo* processual muito mais célere e seguro, visto que a matéria seria posta em juízo já devidamente delineada pelas próprias partes, que estariam mais conscientes de suas próprias razões e possibilidades, bem como das que dispõe a parte adversa.

1.2 O amadurecimento do conflito e a oportunidade para a autocomposição

Interessa ao bom andamento do processo que o litígio já esteja *amadurecido* por ocasião de sua apresentação em juízo. Comumente, quando uma ação é proposta, há na petição inicial a expressa informação de que as partes não tiveram contato prévio, o que reduz compreensivelmente o ímpeto do juiz, gestor do processo, de dirigir o procedimento de forma excessivamente rápida para uma sentença de mérito, por exemplo, sem uma eventual tentativa de composição.

Isso ocorre porque conforme as partes envolvidas, a natureza do litígio ou o fundamento da pretensão, o julgador pode acreditar ser possível que, com um contato prévio ao julgamento, as próprias partes se componham. Há, ainda, os casos de relações continuativas desgastadas (vizinhança, família etc.), em que há subjacente ao dever de prestar a jurisdição, o legítimo interesse sócio-jurídico de restaurar a relação, inclusive para a prevenção de lides futuras.

Esse é o *fluxo* natural quando a causa não está *amadurecida*, ou seja, percebe-se que as partes não estabeleceram, ainda, um contato tendente a compreensão recíproca de suas posições, que pudesse conduzir a uma solução construída por elas, sem intervenção estatal na esfera de direitos.

Não se pode olvidar dos casos em que a demanda, proposta precipitadamente, não está pronta para ser examinada por outros motivos, como a insuficiência de informações e provas, que poderiam ser facilmente obtidas pelas próprias partes que, em vez disso, propõe a ação extemporaneamente, tendo que se submeter ao tempo processual da emenda, regularização da inicial e documentos, e

tantas outras providências que poderia ter ela própria atentado para evitar o retardo no exame de sua pretensão.

Por outro lado, demonstrando uma parte que sua demanda está corretamente preparada, inclusive que tenha sido realizado contato – ou ao menos tentado – com a parte adversa, para resolver o litígio sem a instauração de um processo judicial, inequivocamente o juiz sentir-se-á mais seguro para conferir celeridade à marcha processual, respeitadas todas as garantias, com o fito de cumprir o escopo político da jurisdição - a pacificação social – visto que comprovado que de outra forma isso não foi possível.

No sentido do texto, vale lembrar a lição de Cintra *et al* (CINTRA, p. 146).

[...] podemos dizer que [a jurisdição] é a funções do Estado, [...] para imparcialmente, buscar a pacificação do conflito, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; [...]

Ressalta-se, pois, que a interlocução das partes favorece a solução do litígio, seja quando viabiliza a composição, seja quando economiza o compasso de espera que naturalmente se impõe ao procedimento – com a designação de audiência preliminar ou especial para conciliação, p.ex. – além de permitir ao autor que tenha mais informações sobre sua própria causa, municiando melhor o julgador e podendo buscar outros elementos de prova, cuja utilidade seja vislumbrada a partir do contato prévio com o oponente.

1.3 O reflexo no processo do contato humano e da produção de provas prévios

Quando as partes têm contato antes da propositura da ação, não raro poderão registrá-lo. Da mesma forma, a recusa de uma das partes em dialogar, também pode ser eventualmente demonstrada, inclusive documentalmente, por exemplo, quando se junta aos autos uma solicitação de providências protocolada em uma empresa, não tendo a empresa comprovação de que respondeu à mesma.

Desse modo, partes que interagem antes da apresentação em juízo da causa, disporão de mais elementos de prova, que robustecem suas teses jurídicas, do que aquelas que proponham a ação de inopino.

Considerando a presunção de boa-fé como princípio do sistema jurídico – ao qual corresponde o direito de punir a má-fé – os atos mesmo particulares praticados (cartas, comunicações eletrônicas, comunicados, ofícios etc.) deverão ser considerados pelo julgador, tanto na admissão da demanda, quanto na prolação de decisões antecipatórias, finais e executórias, sempre atento às imprescindíveis garantias processuais.

Pode o magistrado atuar com mais firmeza, quando observa que a pretensão está calcada em acervo probatório que demonstra e antecipa as posições adotadas por cada parte no caso concreto. Examinando as comunicações entre as partes será possível verificar o ânimo de colaboração, a boa-fé e até a intenção de minorar a lesão da outra parte ou tentar repará-la; assim como poderão ser desveladas a má-fé, o propósito de ocultar provas e bens, a reiteração da conduta lesiva. Todos esses fatos podem e devem ter influência decisiva no deferimento de provimentos que posterguem o contraditório e que sejam acautelatórios, executórios e definidores de responsabilidade material e processual.

A pré-constituição não se dá apenas sobre elementos fáticos, ou seja, provas dos fatos constitutivos do direito do autor, mas também se estende para a demonstração das razões de direito do adversário e fatos contrapostos, que poderão ser alegados pela parte adversa, já que o foram nas tratativas pré-processuais, demonstradas inicialmente pelo autor.

Esse acervo de provas e alegações, de contatos e comunicações, explicitando o debate das partes sobre os fatos e direitos em que se funda a pretensão, de forma alguma exclui ou reduz o direito fundamental ao contraditório no curso da ação, todavia, facilita para o magistrado não apenas o exercício do *poder de julgar* como também o exercício do *poder de adequação* do procedimento, posto que conhecendo, ainda que perfunctoriamente, os argumentos e provas de ambas as partes, melhor poderá ser ditada a marcha processual.

Sobre a classificação dos poderes do juiz, entre eles os de julgar e de adequação, destacamos Menezes (2011):

Distintos de prerrogativas ou privilégios, os poderes do juiz manifestam-se durante todo o curso processual, concentrando-se em cinco momentos que permitem uma sistematização básica: 1) O poder de admitir ou inadmitir a demanda, iniciando ou não o processo; 2) O poder de adequar o procedimento, estabelecendo como será o curso processual; 3) O poder de estruturar o acervo probatório, deferindo e indeferindo provas, fiscalizando sua produção e determinando-a de ofício, quando necessário; 4) O poder de julgar os pedidos e extinguir o processo inapto a

prossequir; 5) O poder de coerção, que concretiza a decisão judicial pelo exercício da força do Estado, no caso de recalcitrância de quem deva cumpri-la.

Cumprir reiterar que não se cogita, em nenhum momento, de subtrair do réu o direito à ampla defesa e contraditório *endoprocessuais*, entretanto, a própria pretensão autoral virá melhor delineada e poderá ser melhor exercido o direito de defesa – o *direito de se defender provando* (GRECO, 2006, p. 20) – por acompanhar aquela todos os elementos argumentativos e probatórios do autor, inexistindo para o réu surpresa e viabilizando o enfrentamento de todos os pontos suscitados na inicial.

Atente-se que também para o réu interessa a expectativa de boa preparação da demanda, pois se firmando o entendimento pela relevância do contato prévio, sua ausência prejudicará o próprio autor. Ademais, o réu poderá antecipar seus argumentos e provas, que serão considerados pelo julgador desde o início da demanda – sem prejuízo de ulterior ampliação e renovação na resposta e no curso do processo – e se beneficiará da eventual má-fé do autor, sendo justo que o magistrado puna o autor que *negar ao juízo informações desfavoráveis*, obtidas na fase pré-processual, *com o objetivo de induzir a erro o juízo*.

1.4 A influência da adequada preparação da demanda na solução justa do conflito judicializado

Não apenas no início do processo ou no caso de apreciação de pedido de antecipação dos efeitos da tutela, é relevante a preparação adequada da demanda. Como dito alhures, uma demanda bem manejada e estruturada permite que o magistrado, observadas as garantias e formas legítimas do procedimento, adéque-o para que melhor cumpra sua finalidade de resolver o conflito com justiça

Apesar de ser o condutor *mor* do processo, o juiz deve estar sempre atento para não tomar das partes os atos que lhes caibam, todavia, o mesmo empenho é necessário para não permitir que alguma omissão das partes, limitação de seus representantes e mesmo a imperfeição do procedimento desvirtuem o processo de seu objetivo principal: *resolver o conflito com justiça*. Adota-se, assim, esta linha neste estudo: a finalidade precípua do processo consiste em servir de base jurídico-formal para uma solução justa do conflito (MENEZES, 2011).

Tendo as partes e seus advogados cumprido corretamente seu dever de preparar a demanda, os atos processuais a serem somente praticados serão

aqueles que atendam às necessidades probatórias do autor – que serão reduzidas, face ao acervo pré-constituído – e do réu, já se direcionando o processo, para o enfrentamento das questões já levantadas desde o contato prévio – e, lógico, aquelas posteriormente invocadas – poupando-se tempo que seria desperdiçado com alegações e provas já superados na fase prévia, se assim concordarem as partes.

Definido o procedimento, dentro da *flexibilidade legal*, como aquele adequado para o caso concreto e observadas as garantias, otimiza-se não apenas o tempo, como também se viabiliza uma decisão judicial de mais qualidade, proferida a partir de mais elementos de informação e em função de um debate mais amplo. Uma causa em que as partes tiveram contato extenso antes da judicialização, certamente redundará num processo mais ágil e numa prestação jurisdicional mais eficiente.⁵

Por isso o contato das partes antes do processo deve acontecer e ser registrado, de maneira que sua relação seja considerada no processo em sua inteireza, isto é, dando valor jurídico e conteúdo humano a seu comportamento em três momentos: 1) *antes do surgimento do conflito*; 2) *durante o contato prévio, após a notícia sobre a existência do conflito, até a sua judicialização*; 3) *durante o processo, até a sentença*.

Note-se que o que se observa atualmente é a preponderância da consideração do momento *anterior ao conflito*, ou seja, coloca-se como ponto nodal *a conduta da parte ré ao lesar a parte autora*, enquanto há fortes motivos para se entender que o mais importante é o momento seguinte, qual seja, *a conduta da parte ré após saber que lesou a parte autora e conhecer as providências que ela quer ver adotadas*.

A prevalência da consideração sobre a atitude do réu *após* – e não *antes* de ocorrer a lesão – tem fundamento no fato notório de que *as pessoas erram e lesões de direito* acontecem a todo momento na vida em sociedade.

Evidente que danos a terceiros podem e devem ser evitados, sendo certo que alguns sequer poderão ser inteiramente reparados, mas a maior parte dos conflitos que são atualmente judicializados *podiam e deviam ser resolvidos a partir da*

⁵ Incluímos no conceito de *eficiência* a ideia de *qualidade*, como faz Silva O. (2008), cumprindo-nos alertar sobre o *reiterado esquecimento* de que a noção de eficiência deve sempre ser integrada pela ideia de *qualidade das decisões*, não bastando para ser *justa*, que a sentença seja *rapidamente proferida*.

conduta de uma ou de ambas as partes, que deveriam assumir a responsabilidade por sua falha eventual na condução de suas relações jurídicas.

Não se trata aqui de adentrar a discussão filosófica sobre a utopia *autodisciplina individual e social*, mas de propor a dedicação da função judiciária à solução de questões graves, que efetivamente não possam ser solucionadas pelas próprias partes, através do agravamento da sanção àquelas partes que, podendo, diligenciam por si sós na composição dos prejuízos que causam.

O que se defende é que haja um tratamento diferente para a pessoa que, ciente de que lesou outrem, buscou de boa-fé sanar o problema, corrigir sua conduta e minimizar os prejuízos do lesado – ainda que não o tenha logrado integralmente – e aquele que mesmo devidamente comunicado da violação de direito que praticou, optou por quedar-se inerte e persistir na conduta lesiva.

Aceitando a função política da jurisdição como sendo a pacificação social, o fato é que se ocorrida a violação de direito, aquele que o violou dispõe-se a cessar a lesão e compor os danos, *nada há a pacificar*, pois *não há conflito*.

Se uma pessoa sofre um dano e, sem contatar o causador do dano, o aciona na justiça, e este em sua resposta confessa todos os fatos e propõe-se a corrigir a situação e compor os danos, não houve conflito e sim *falta de comunicação*.

Patente que poderia se tratar de uma estratégia defensiva de uma parte ré recalitrante em resolver a questão extrajudicialmente, que simula em juízo uma *boa vontade* inexistente, mas é exatamente para isso que serve a preparação da demanda, para *expor e registrar a verdadeira conduta das partes após a constatação da existência do conflito*.

Nesse passo, aponta-se a utilidade da preparação da demanda na solução justa do conflito: se a parte causadora do dano buscou repará-lo ou minimizá-lo – ou o está tentando fazer, de boa-fé, mesmo antes da ação judicial – o processo se conduzirá de forma a garantir ao autor o que lhe é devido, mas a boa-fé do réu deve ser ponderada por ocasião de eventual sanção civil (indenização) ou medida coercitiva (multa), e se cuidará na execução para efetivar a sentença, considerando esses mesmos fatores.

Por outro lado, se aquele que causa o dano age de má-fé na fase pré-processual, ocultando informações, recusando o contato, negando-se a cessar ou reparar o dano, mesmo podendo fazê-lo, certamente que mais graves devem ser as medidas adotadas, tanto no plano material, quanto em matéria processual (medidas

coercitivas, uma execução mais contundente, uma firme negação de atos protelatórios etc.).

Todos os apontamentos feitos acima vêm ao encontro da sistemática do ordenamento jurídico, instituída a partir da constituição de 1988. O distanciamento do pensamento liberal e valorização da conduta moral das partes são coerentes com a hodierna visão publicista do processo, que também deve reconhecer a incidência destes princípios na conduta das partes no tratamento do conflito, mesmo na fase pré-processual preparatória.

Ensina Greco sobre publicismo (2008b):

O desenvolvimento do processo não pertence aos litigantes, mas ao Estado, único titular da função jurisdicional, que se serve do processo como instrumento para garantir a sua efetividade. Deve-se adotar uma postura intermédia entre a eficácia do processo e o garantismo.

Não é coerente com o moderno e humanístico processo civil, uma ausência de responsabilidade do jurisdicionado com a preparação, desenvolvimento e conclusão de um processo civil justo. Todos os cidadãos devem estar comprometidos com a resolução dos conflitos que os envolvem, contribuindo e participando do processo de solução, a partir do momento em que há a ciência da existência da questão.

Disputas e desavenças no meio social são inevitáveis e verificam-se sempre que as pessoas apresentam reivindicações conflitantes, em relação à divisão das vantagens sociais em condições de escassez moderada de recursos, face ao desejo individual de cada cidadão (RAWLS, 1997), contudo a atitude de recusa à colaboração na busca de uma solução justa pode ser vista como negativa e assim ser considerada em juízo.

Cabe ao autor diligenciar para contatar o réu, debater a questão, produzir um mínimo de provas, antes de litigar em juízo. O réu, que contatado pelo autor, nega-se a colaborar com solução do litígio, assim como o autor, deve ter sua conduta considerada em juízo, para fins processuais e materiais.

1.5 A orientação legal para a preparação da demanda e a legítima consideração da conduta das partes na preparação da demanda, por ocasião do julgamento da causa

Partindo-se da premissa de que os deveres de probidade e boa-fé são inerentes a qualquer exercício da vontade ou conduta em todos os atos juridicamente relevantes, bem como afirmando que o processo deve considerar a verdade dos fatos (GRECO, 2006b. p. 423), temos que o julgamento deve sim considerar a conduta das partes antes do ajuizamento da ação, especialmente após a constatação da existência de um conflito de interesses.

Logo, se a conduta será processualmente relevante, mostra-se razoável, com base no princípio da segurança jurídica, que sejam conhecidos os padrões que o julgador poderá adotar para afirmar a correção ou incorreção da atuação da parte na fase pré-processual preparatória, bem como devem existir *balizas* para o magistrado, não se justificando deixar o jurisdicionado ao alvedrio do entendimento de cada juiz, sobre como deveria ter agido num caso concreto.

Interessante que a disposição legal sobre o modo de agir das partes fora do processo é novidade apenas no âmbito processual, haja vista que o direito material é todo conceituado justamente nisso, ou seja, na conduta privada das partes, fora do processo.

A toda evidência, bastante razoável que o sistema, assim como prevê consequências materiais como resultantes de atos particulares e extraprocessuais das partes – o que se faz no direito material – faça-o prevendo também consequências processuais.

Cabe assumir nessa etapa um partido pela legitimidade de se exigir cidadania ativa de qualquer jurisdicionado, logicamente na medida de sua capacidade econômica, social, acadêmica e pessoal. Não fere o sistema consumerista esperar que consumidores, antes de proporem uma ação judicial sabidamente desgastante, tentem contatar minimamente o fornecedor, para comunicá-lo de sua pretensão e informá-lo como entendem que determinado problema poderia ser resolvido.

Certamente não se pode interpretar o Código de Defesa do Consumidor como uma lei que transformou o Poder Judiciário em um *serviço de atendimento ao cliente*, em que qualquer pessoa, tendo uma insatisfação numa relação de consumo, procura em primeiro lugar a Justiça, e não o próprio fornecedor.

Observe-se que não se cogita de uma instância administrativa ou extrajudicial necessária; a conjectura passa pela expectativa do exercício normal da atividade social, onde uma pessoa que tem um problema com outra, sejam pessoas físicas ou

jurídicas, diligenciam para resolvê-lo conversando, antes de medidas mais enérgicas e dispendiosas.

Frise-se que tampouco se quer negar a reiterada postura de fornecedores que não disponibilizam acesso ou meio de comunicação efetivo com consumidores, pretendendo esmorecer a disposição do consumidor aviltado em seu direito, com complexos e intermináveis trâmites para reclamações; um fornecedor que não oferece um contato fácil com o consumidor e não se mostra disposto a dialogar, pratica conduta que, neste contexto, deve ser considerada de má-fé no período pré-processual e, por tanto, deve sofrer as consequências disso no processo e no conteúdo do julgamento da causa.

Destaca-se, pois, a distinção entre fornecedores cujos serviços apresentam vícios, sendo que uns interagem com os consumidores após a notícia do vício e tentam compor prejuízos, e outros fornecedores, que desprezam a relação com o fornecedor mesmo comunicados do vício em seu produto; estes devem ser tratados com mais rigor processual – sem prejuízo de suas garantias – e ser punidos no campo do direito material.

Assim, cumpre ao Poder Público, de forma mais participativa e representativa possível – mas sempre atento à técnica jurídica – definir com clareza normas de comportamento a ser adotadas pelas partes, no período pré-processual, orientando ações dirigidas à solução justa do conflito, inclusive, se necessário, preparando uma eventual demanda judicial.

A presente proposta aproxima-se muito do que o direito inglês instituiu sob o nome de *pre-action protocols*, assunto que será objeto de capítulo próprio neste trabalho, onde também se analisa o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (artigo 107), que de forma precursora, dispõe sobre a instituição de convenções escritas que tenham por objeto estabelecer, inclusive, as condutas a serem adotadas para reclamações e composições de conflitos de consumo, mesmo antes da propositura da demanda (e *na preparação desta*).

1.6 O ônus jurídico da preparação adequada da demanda

Impõe-se concluir de todo o exposto, pela existência de um autêntico *dever, ético e jurídico* de proceder com boa-fé e probidade na fase pré-processual – assim considerado o tempo entre a ciência da violação do direito e o ajuizamento da demanda – atuando ambas as partes ativamente na preparação da demanda, sob pena de sofrerem as consequências de sua omissão.

Há, outrossim, considerando todas as incumbências da parte e do advogado na fase pré-processual, atribuições essas que têm consequências jurídicas efetivas, inequívoco *ônus jurídico de preparação adequada da demanda*, tanto para quem pretender propor uma ação, quanto para quem é cientificado de um conflito de interesse, passando a poder ser instado a dialogar sobre o litígio potencial.

Como esclarece Greco (2010, p.252):

[...] *ônus é uma prestação imposta a um determinado sujeito do processo em seu próprio benefício, cujo descumprimento não constitui ato ilícito, porque não viola direito de outro sujeito, mas acarreta para o seu titular uma consequência desfavorável.*

Confirmando a posição ora esposada, expõe Marques⁶ (1998, p. 291) em sua cátedra, que:

[...] Proposta a ação e consolidada a relação processual, autor e réu ficam vinculados, quanto à lide, à tutela jurisdicional do estado. [...] Propondo a ação, o litigante passa a exercer direitos subjetivos processuais para o Estado apreciar o pedido de tutela jurisdicional, ao mesmo tempo em que o Estado, por força da ação proposta, vincula o réu à relação processual. Mas também o autor se sujeita à jurisdição com obrigações e ônus, não só em face do Estado, no exercício da tutela jurisdicional, como ainda em virtude dos direitos processuais que o réu venha a exercer no curso do procedimento.

Todavia, ampliamos o entendimento de Marques acima citado, para vislumbrar a existência de ônus para as partes mesmo na fase pré-processual, como ressaltado no curso deste trabalho.

Note-se que mesmo que haja orientações legais sobre como as partes devam atuar na preparação do litígio, estas *não poderão jamais ser condicionantes da propositura da demanda*, sob pena de ferimento do direito constitucional de acesso à justiça. Todavia, como demonstrado, a parte que deixa de preparar a demanda, deve suportar o *ônus processual de sua omissão*, sob diversos aspectos.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. Ed. Volume I. Campinas : Millennium, 1998a.

Este é o ponto fundamental da presente exposição, que afasta completamente o argumento do acesso à justiça como impeditivo da adequada preparação da demanda. Qualquer demanda que seja apresentada em juízo deve ser analisada, *ainda que despreparada*, mas a parte irá enfrentar os problemas decorrentes dessa precipitação. A possibilidade de apresentação da demanda despreparada é o que enfatiza a preparação da demanda como um *ônus* e não como um *dever*.

Quem não prepara a demanda, suporta um tempo maior para a adequada instrução da causa, inclusive para a prática de atos que poderiam ter sido antecipados e não o foram.

Submete-se o autor de uma demanda não preparada adequadamente, ao risco indeferimento de um pedido de antecipação dos efeitos da tutela, visto que o julgador pode entender que faltam elementos para que se evidencie a verossimilhança das alegações, ou mesmo porque entenda necessário conhecer, ainda que minimamente, os argumentos da outra parte, que pode sequer estar ciente da pretensão da parte autora.

Por outro lado, não se pode olvidar que os atos preparatórios da demanda – cuja prática é *ônus* de quem quer demandar em juízo – são providências necessárias, que se não forem praticadas *antes* da propositura da ação, necessariamente o serão como *requisitos de sua admissão ou desenvolvimento*.

Assim, não há, em última análise, como a parte autora se furtar a praticar os atos que serão examinados nas questões posteriores, pois eles atuam como *filtros* que somente permitem a evolução de *demandas viáveis*.

O momento da prática destes atos – se *antes* da propositura ou *depois* – importa para eficiência da prestação jurisdicional, mas em qualquer caso, não estando a demanda adequadamente preparada no ato da propositura e não sendo sanadas suas deficiências de preparação, logo após seu ingresso em juízo, inevitavelmente haverá graves consequências para a parte autora. As consequências variam entre a extinção do processo, demora na tutela do direito e podem mesmo conduzir à negativa de existência de um direito; mas em todos os casos haverá um provimento judicial e, portanto, *acesso à justiça*.

O acesso à justiça, em todas as suas variáveis e perspectivas, não é o objeto deste trabalho. *O exercício fundamental do acesso à justiça face às condicionantes*

legítimas pré-processuais para sua fruição plena, através da propositura de uma ação judicial ágil e eficiente, este sim é o foco estabelecido.

Razoável uma permanente preocupação em dirimir entre as condicionantes jurídicas para a admissão de uma demanda em juízo – *filtros* – aquelas que podem ser consideradas *legítimas* e aquelas que são *ilegítimas*. Os *filtros legítimos* constituem *exigências razoáveis* a serem cumpridas e, em o sendo, ampliam o acesso á justiça, conferindo viabilidade e efetividade à tutela jurisdicional: a demanda, uma vez proposta, seguirá vigorosamente seu fluxo correto até o final.

O elenco dos chamados *filtros ilegítimos*, assim entendidos – esses sim – como obstáculos indevidamente postos entre a parte e tutela jurisdicional, não são o principal escopo deste estudo, mas serão apontados no desenvolvimento do texto, sempre que identificados, e representam violações injustas ao acesso a uma ordem jurídica justa (WATANABE, 2005, p.684/690).

2 A EXPERIÊNCIA DO DIREITO INGLÊS : PRE-ACTION PROTOCOLS

2.1 Breve nota sobre a Reforma Inglesa

A importância do Direito Comparado em matéria processual, que já fora salientada por Moreira (2001, p.159) foi especialmente bem trabalhada por Damaska, (1986), que reconheceu a possibilidade de definição de um *conteúdo mínimo uniforme* entre os diversos sistemas processuais, assim como assinalou a tendência à ampliação dos sistemas *supraprocessuais*, ante o fenômeno sócio-político-social da *globalização*.

Abordando o *multiculturalismo processual*, Taruffo (2000) realça a tendência à globalização e uniformidade de um número crescente de fenômenos jurídicos relevantes. Não pode surpreender que no campo da sociologia jurídica e do próprio Direito, que a *sociedade mundial* esteja se tornando o campo fundamental de referência para compreender a natureza e a dinâmica dos processos jurídicos.

Sobre o tema, Moreira (2007) lançou enfoque comparativo interessante, analisando as famílias jurídicas ocidentais – Civil Law (ordenamentos Romano-germânicos) e Common Law (ordenamentos anglo-saxônicos), comparando as classificações de sistemas como *inquisitoriais* e *adversariais*, utilizando o como critério a divisão de trabalho entre o juiz e as partes na instrução probatória, porém ressaltando que não há sistema puro, que somente tenha características de um ou de outro.

Como observa Braga (2000), citando Bedaque (2006), podem-se identificar três grupos distintos de legislações processuais: 1) as restritivas, em que impera a iniciativa exclusiva das partes; 2) as intermediárias, nas quais o juiz tem iniciativa probatória, mas limitada; e, por fim, 3) aquelas em que os poderes instrutórios oficiais são amplos, ilimitados e irrestritos.

A tradição do direito anglo-saxão sempre consistiu em restringir os poderes do juiz na fase instrutória, limitando-os à admissão de provas, fiscalização da produção e valoração, vedando-lhe a propositura e mesmo a participação direta na

produção. Nos Estados Unidos a instrução probatória depende prioritariamente – quase exclusivamente – das partes⁷.

Todavia, a Inglaterra sofreu uma verdadeira *revolução* processual, com a promulgação de lei que pode ser considerada um Código de Processo Civil – *Civil Procedure Rules (1999)* – que rompeu com a tradição de exclusividade do direito consuetudinário⁸ e estabeleceu normas escritas de procedimento e, principalmente, alterou a concepção de passividade do juiz, reconhecendo-o como *gestor do processo – case management* – e conferindo-lhe *poderes de gestão – managements powers*, com ampla discricionariedade. No direito inglês, na condição de *gestor do processo*, o juiz pode, entre outros poderes, optar por uma entre três espécies de procedimentos (*tracks*) diferentes: *small claim track*, *fast track* e *multi-track* (CRIFÓ, 2000). Foram aumentados também os poderes de ingerência judicial sobre a produção de provas.

O parlamento inglês, em março de 1984, indicou e apoiou Lord Wolf of Barnes para que conduzisse uma reforma das normas processuais civis das cortes inglesas e do País de Gales, para alteração das Regras da Suprema Corte e Regras das Cortes Regionais (ANDREWS, 2003).

Os objetivos primaciais da revisão de Lord Wolf eram três: 1) ampliar o acesso à justiça e reduzir o custo do processo; 2) reduzir a complexidade das regras e modernizar a terminologia; 3) remover as desnecessárias distinções da prática e do procedimento.

O relatório de acesso à justiça⁹ foi baseado em oito princípios que na opinião de Lord Wolf, o sistema de justiça civil deveria seguir para assegurar o acesso à justiça. O sistema deveria: 1) ser justo nos resultados dos processos; 2) tratar os litigantes com isonomia; 3) oferecer uma prestação judicial por um custo razoável; 4) lidar com os casos em um tempo razoável; 5) ser compreensível para os que utilizam a justiça; 6) ser eficiente para as necessidades do jurisdicionado; 7)

⁷ Para um estudo detalhado do sistema americano de *discovery*, excelente a obra de PAULA JUNIOR, Aloysio Libano de. *A Experiência Probatória no Direito Americano e no Brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

⁸ Vale lembrar que, ao contrário do comumente difundido, também os Estados Unidos da América dispõem de normas escritas em matérias de processo civil, são as *Federal Rules of Civil Procedure*.

⁹ A íntegra do relatório final de Lord Wolf ao Ministério da Justiça Inglês está disponível em:

<<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3a.htm>>. Acesso em: 22 de abril de 2011.

proporcionar o maior grau de segurança possível, de acordo com o caso; 8) ser efetivo, com utilização mais adequada dos recursos e organizado.

Sob a luz desses princípios, Lord Wolf concluiu que a Justiça Civil Inglesa padecia dos seguintes defeitos: 1) Muito cara e os custos comumente excediam o valor das causas; 2) muito lenta, conduzindo os casos a uma conclusão iníqua; 3) havia um desnível entre o litigante rico e poderoso, o litigante sem recursos; 4) muito imprevisível, inviabilizando uma expectativa concreta sobre os custos e tempo da demanda; 5) incompreensível para muitos litigantes; 6) muito fragmentada na forma em que era organizada, na medida em que não havia nenhum órgão claramente responsável pela administração da justiça, excessivamente adversarial, com casos em que as partes sequer seguiam as normas da corte, que por sua vez não as impunham.

A base da reforma seria que as cortes, com a *cooperação dos litigantes*, seriam responsáveis pela direção do processo, incluindo a determinação de procedimentos adequados a cada caso, com realísticas previsões de tempo de duração, e assegurando que os procedimentos atenderiam ao calendário processual.

Passados dez anos da reforma processual inglesa, os resultados obtidos, em sua maior parte, foram positivos. A conclusão dos doutrinadores ingleses é que a efetiva gestão do processo exige três componentes essenciais, quais sejam, um judiciário pró-ativo, que engaje com os litigantes desde o início do processo, na resolução do processo; advogados preparados para pôr de lado estratégias pré-processuais e atitudes adversariais do antigo regime inglês e que ajam de forma cooperativa com o Judiciário e seus oponentes; e um Judiciário dotado de recursos, pessoas bem treinadas e experientes para a função que desempenham (DWYER, 2009).

Uma das principais inovações consistiu em enfrentar parte dos problemas identificados com a publicação de orientações sobre como as partes deveriam proceder, antes de propor as demandas: os *pre-action protocols*. O assunto, por ter especial afinidade com o tema deste ensaio, é analisado no capítulo seguinte e servirá de base para alternativas para a adequada preparação da demanda, elencadas no último capítulo.

2.2 Protocolos Pré-Processuais (Pre-Action Protocols)

Interessante a técnica judicial que foi desenvolvida na Inglaterra, consistente em difundir orientação aos cidadãos sobre como agir no período entre o surgimento do conflito no âmbito social e a efetiva propositura da demanda.

Os protocolos pré-processuais – *pre-action protocols* (BREYER, 2007). – são guias para a conduta sobre como os potenciais litigantes devem atuar antes do processo. Esses protocolos foram produzidos em diversos grupos de trabalho de partes interessadas e aprovados pelo Conselho de Justiça Civil da Inglaterra, que colabora para o desenvolvimento dos mesmos. O uso dos protocolos é visto com um grande sucesso (DWYER, 2009)

O relatório de Lord Wolf estabeleceu propostas para o desenvolvimento de protocolos pré-processuais, que se destinariam a desenvolver e aumentar os benefícios dos primeiros contatos entre as partes.

Os objetivos de tais protocolos são chamar a atenção dos litigantes sobre a conveniência de resolver conflitos sem litígio, permitir que obtenham as informações que razoavelmente precisa para entrar em uma resolução adequada ou fazer uma oferta adequada, e se um acordo de pré-processual não é viável, para preparar o terreno para a celeridade do processo.

Uma característica do sistema inglês de justiça civil consiste no fato de que a grande maioria dos casos são resolvidos sem julgamento, por negociação entre as partes ou seus assessores jurídicos. A maioria dos potenciais demandantes resolvem suas querelas sem iniciar um processo legal.

Promoveu-se com os protocolos, com a comunicação e cooperação entre as partes, antes do ajuizamento da ação, definindo-se condutas e contatos que as partes devem ter, a partir do momento em que cogitem a possibilidade de um conflito de interesses culminar em uma demanda judicial.

Os protocolos lograram melhorar a comunicação pré-processual entre as partes, estabelecendo um calendário para a troca de informações relevantes para a disputa e fixando normas para o conteúdo da correspondência. A observância dos protocolos permite às partes um juízo de viabilidade de seus casos mais cedo do que tende a acontecer normalmente, pois têm acesso prévio a informações imprescindíveis.

Funcionaram para incentivar o intercâmbio de informações entre as partes numa fase inicial do conflito e fornecer um quadro de opções de ações, em que as partes, atuando de boa-fé, podem explorar a resolução antecipada e adequada do litígio, notadamente com o aumento do número de acordo extrajudiciais.

Diversas entidades colaboraram para o desenvolvimento de protocolos para várias, definindo pontos como: o conteúdo e o formato das notificações, meios e alternativas de respostas etc, sempre com uma orientação simples e prática.

É importante que os protocolos são elaborados dentro de uma estrutura geral de supervisão da autoridade judicial. Quando um procedimento pré-contencioso é estabelecido para uma área de litígio, seu desrespeito por qualquer das partes será considerado pelo tribunal, por exemplo, na distribuição de custos ou para considerar qualquer pedido de prorrogação do prazos

Protocolos tornaram mais fácil para as partes obter as informações que necessitam, através da utilização de formulários e questionários, sempre que possível. Este processo é acompanhado por poderes mais amplos para os tribunais para ordenar a divulgação de pré-processual.

Protocolos também são um importante meio de promoção da economia no uso de prova pericial, em especial, incentivando as partes a utilizar um único perito, sempre que possível. A não ser que isso aconteça antes do início do processo, muitas vezes será tarde demais, pois as partes já tenham estabelecido uma relação entrincheirado com seus próprios peritos.

O Papel do Pré-processual Protocolos e promover o objetivo primordial definido no como escopo do trabalho e positivado nas CPR, consistente na determinação de que os tribunais devem lidar com as causas de forma justa e rápida, com isonomia.

Entendeu-se que o sistema que deveria permitir às partes em litígio embarcare em uma negociação construtiva assim como a possibilidade de litígio é identificado, e garante que o mais cedo possível que eles tenham as informações necessárias para definir suas reivindicações e apresentar propostas realistas para resolver, o que só pode ser alcançado o próprio tribunal tem mais em conta do pré-contencioso, atividade que tradicionalmente tem sido o caso.

Além disso, os protocolos deverão incentivar a utilização de mecanismos alternativos adequados para a resolução de litígios. Se o litígio for necessário, o cumprimento dos protocolos deve colocar as partes em uma boa posição para

cumprir o calendário imposto pelo tribunal. Isto será particularmente importante na via rápida, com o seu calendário apertado padrão.

Protocolos de atuação pré-processual estabelecem como devem as informações serem trocadas, a fim de assegurar o contraditório e facilitar a compreensão do Pedido, servindo, caso não se obtenha o acordo, de guia sobre como preparar a demanda. Há comumente a definição de um calendário para troca de informações.

As recomendações de lord Wolf para a criação dos protocolos foram as seguintes: protocolos de pré-ação deve definir códigos de boas práticas sensatas que as partes devem seguir, quando confrontados com a perspectiva de litígio. eles não devem abranger todas as áreas de litígio, mas deve tratar de problemas específicos em áreas específicas, incluindo danos pessoais, negligência médica e habitação; quando um protocolo é estabelecido para uma determinada área de litígio, deve ser incorporada no guia prático relevante; falha injustificado de qualquer das partes para dar cumprimento ao protocolo em questão deve ser tida em conta pelo tribunal, por exemplo, na alocação de custos ou em considerar qualquer pedido de prorrogação do horário. O funcionamento dos protocolos devem ser monitorizados e as suas normas de execução modificados na medida do necessário, à luz da experiência prática¹⁰.

Protocolos de atuação servir como prévia da ação e seu preparativo, buscando facilitar o intercâmbio de informações e, se possível, eliminar uma necessidade de litígios, incentivando uma utilização de técnicas de resolução alternativa de litígios disputas parágrafo resolver.

Uma vez iniciado o processo, o tribunal vai examinar o comportamento das partes na fase pré-processual. O tribunal pode considerar a conduta das partes durante a gestão do processo, definição do procedimento e distribuição de custos.

Há já vários casos, para que os juizes reforçam que o protocolo deve ser abordado de um modo prático. leal e sensato. Em particular, se uma parte tiver injustificadamente recusado a aceitar uma oferta de pré-processual para resolver, que vai ter consequências nos custos, uma vez litígio começou.

¹⁰ Relatório final de Lord Wolf ao Ministério da Justiça Inglês, está disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3a.htm>>. Acesso em: 22 de abril de 2011.

Os tribunais foram, inicialmente, ser flexível na sua aplicação de conformidade com os protocolos. A aplicação dos protocolos ainda é monitorada e as suas disposições detalhadas, modificadas na medida do necessário, à luz da experiência prática.

Há atualmente protocolos pré-processuais específicos para nove matérias (injúria pessoal, questões médicas, construção e engenharia, difamação, despejo e reivindicação de propriedade, e lesões leves em acidentes de veículos) e também um protocolo unificado com normas gerais, para hipóteses não abrangidas pelos demais protocolos¹¹.

Os protocolos pré-ação são uma parte importante do novo sistema inglês. Destinam-se a fornecer um código completo para todos os comportamentos pré-contencioso, mas vai tratar de problemas específicos em áreas específicas. Serão definidos os códigos de prática sensata que as partes devem seguir quando forem confrontados com a perspectiva dos processos judiciais em uma área à qual se aplica um protocolo.

Protocolos pré-processuais foram adotados na Inglaterra e País de Gales, como resultado do trabalho sobre acesso à justiça realizado por Lord Woolf.

Na Austrália, tem havido uma utilização ainda muito limitada dos protocolos pré-processuais, mas tudo indica que são uma tendência no direito processual australiano.

Não pode haver dúvida de que o procedimento de protocolo de pré-processual tem sido eficaz, como meio de aproximar as partes em conjunto, sem recorrer a processos judiciais.

Vale lembrar que o direito pátrio inseriu uma janela para adoção de medidas similares aos protocolos pré-processuais, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em que consta que:

Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

¹¹ Incluímos como Anexo 1 deste trabalho, o protocolo geral pré-processual, a título ilustrativo. Os protocolos de pre-action podem ser consultados em sítio eletrônico do Ministério da Justiça Inglês, estando disponíveis em: <http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2010.

A legitimidade política e processual dos protocolos está justamente na harmonização de entendimento entre os representantes de ambas as categorias atingidas pelas orientações de condutas, com a participação dos órgãos pertinentes do Poder Público, inclusive do Poder Judiciário.

A parte final do transcrito artigo 107 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor - *bem como à reclamação e composição do conflito de consumo* – oportuniza o debate prévio entre representantes dos consumidores e dos fornecedores, para estabelecer recomendações de comportamento e orientações sobre como agir, ante uma lide. Assim como no sistema inglês de protocolos, a proposta não passa por restringir ou condicionar o acesso à justiça ao cumprimento de medidas extrajudiciais, mas sim por compreendê-las como atitudes úteis às partes e inerentes ao comportamento de boa-fé, ou seja, circunstâncias que serão consideradas no julgamento de uma eventual pretensão deduzida em juízo.

Os protocolos pré-processuais não são uma instância administrativa. Consistem em normas descritivas de um conjunto de condutas razoáveis que as partes devem ter, no caso de um desentendimento sobre questões fáticas, de relevância jurídica. Estimulam e direcionam as partes para se portarem de forma madura e coerente, comunicando-se, conhecendo as razões e pontos de vista recíprocos, o que tende a facilitar a composição extrajudicial do conflito.

O juiz, ao julgar a causa, como já o faz normalmente, considerará o fato de um consumidor negar-se a sequer tentar contatar o fornecedor para resolver o problema, assim como levará em conta em sua decisão o eventual desprezo do fornecedor pela busca de tratativa do consumidor. Os protocolos de *pre-action* orientam para as partes não apenas como proceder, mas também como documentar esse contato inicial.

Sem dúvida, os protocolos pré-processuais são um modelo de preparação da demanda e fomento à autocomposição, cujo estudo pode render boas propostas sobre como aplicar seus conceitos no nosso sistema jurídico.

3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO CÍVEL

3.1 Pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e seu exame no recebimento da inicial

3.1.1 Ordem lógica do exame de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo

Os pressupostos processuais, em verdade, não têm uniformidade de indicação e classificação na doutrina. Ensina Santos, seguindo as lições de Chiovenda e Lacerda, com grifa Greco (2009.p.327), que:

Os pressupostos processuais se apresentam sob dois aspectos, uns como requisitos *subjetivos*, outros como requisitos *objetivos* (Galeno de Lacerda). Os requisitos subjetivos dizem respeito aos sujeitos principais da relação processual, juiz e partes. Sob esse aspecto são pressupostos processuais: I – pressupostos processuais referentes ao juiz; 1) que se trate de órgão jurisdicional estatal investido de jurisdição; b) que o juiz tenha competência originária ou adquirida; c) que o juiz seja imparcial; II – pressupostos processuais referentes às partes: a) que tenham capacidade de ser parte; b) que tenham capacidade processual; c) que tenham capacidade de postular em juízo; III – pressupostos processuais objetivos: a) extrínsecos à relação processual, dizem respeito à inexistência de fatos impeditivos; b) intrínsecos à relação processual, dizem respeito à subordinação do procedimento às normas legais. (SANTOS, 1994, p.320)

Os pressupostos processuais são também comumente classificados pela doutrina como de *existência e validade*, adotando-se a classificação proposta por Moreira (1989, p. 85). Um órgão estatal investido de jurisdição, partes e uma demanda com pedido formulado, são *pressupostos de existência do processo*, que não se forma sem que estejam presentes. Nas linhas de Câmara:

Pressupostos de existência são os elementos para que a relação processual possa se instaurar. A ausência de qualquer deles deve levar à conclusão de que não há processo instaurado na hipótese. [...] De outro lado, os pressupostos processuais de validade são os requisitos necessários ao desenvolvimento regular do processo, e sua análise, obviamente, exige um processo existente, ou seja, só se verifica a presença dos pressupostos de validade se estiverem presentes todos os pressupostos de existência (CÂMARA, 2011, p. 232).

Assim, o juiz examina uma petição protocolada e decide *se instrumentaliza ou não uma demanda* e se é possível a formação de um processo; sendo ele um juiz – portanto, investido de jurisdição – havendo indicação de partes e formulação um pedido, *há demanda e existe processo*.

Tem-se, assim, que *a atividade judicial de exame de admissibilidade da demanda é a ponte entre a fase pré-processual e a fase processual*, quando justamente há a verificação dos pressupostos processuais de existência do processo.

A decisão do juiz que *nega a qualidade de demanda a uma petição protocolada* (reconhecendo-a como ofício, pedido administrativo ou petição de outro processo), *não é uma sentença*. Destinando-se a petição a outro processo, será sujeita a agravo (por ser interlocutória naquele processo) e se nega a resposta ao ofício ou define matéria no âmbito administrativo, poderá ser impugnada por mandado de segurança, ou outra via adequada.

Todavia, se o juiz reconhece à petição a qualidade de inicial de uma demanda, a decisão que a *inadmite* ou *rejeita*, indeferindo a petição inicial, essa sim *é uma sentença terminativa do processo*, que começou com o protocolo de petição inaugural encaminhada a órgão investido de jurisdição, contendo indicação de partes e formulação de pedido, e findou com a prolação de sentença sujeita a apelação.

Concluindo o juiz pela *existência de um processo* – presença dos pressupostos de existência – passa a verificar se também concorrem os *pressupostos de desenvolvimento válido*. Perquire o juiz sua competência para o julgamento da causa, a capacidade das partes indicadas para figurarem em pólo de relação processual, a capacidade postulatória daquele que representa a parte, se o pedido está adequadamente formulado e se a demanda é regular.

Observando a ausência dos pressupostos para a formação e desenvolvimento válido do processo – e não podendo estes ser sanados – o processo será extinto por sentença terminativa. Havendo a possibilidade do reparo das irregularidades identificadas, oportunizará o julgador a correção.

Confirmados os pressupostos de existência e validade – que antecedem em ordem lógica de verificação as condições da ação – o juiz examina se também estão presente as *condições para o legítimo exercício do direito de ação*, elencadas expressamente no Código de Processo Civil como sendo o *interesse processual*, a *legitimidade das partes* e a *possibilidade jurídica do pedido*.

Reconhecidas as condições da ação, complementam-se os *requisitos específicos de admissão da demanda*, pelo que o juiz *admite a demanda*, proferindo decisão interlocutória. Nesse sentido, Moreira:

Quando o juiz defere a petição inicial (despacho liminar de conteúdo *positivo*), estará, pois, praticando ato que mais se aproxima de uma *decisão interlocutória* que de mero despacho. Quando a indefere (despacho liminar de conteúdo *negativo*), quer por defeito de forma ou falta de alguma condição do legítimo exercício da ação, quer por motivo de mérito, se possível (exemplo: decadência prevista em lei), ter-se-á verdadeira *sentença*, que põe termo ao processo no próprio nascedouro. (MOREIRA, 2010, p. 24) (grifo do autor)

Se não verificar a regularidade de todos os requisitos de admissibilidade da demanda nem for sanada a irregularidade apontada, o *processo é extinto*, por sentença que *inadmite* ou *rejeita* a demanda.

Ensina Liebman:

Apenas se existem essas condições pode-se considerar existente a ação, para acolhê-la ou rejeitá-la. Elas podem por isso também ser definidas como as condições de admissibilidade da propositura da demanda, ou seja, condições essenciais para o exercício da função jurisdicional no que diz respeito a uma hipótese fática concreta deduzida em juízo. (2003a, p. 138)

Admitida a demanda, a ação terá seu curso regular, desenvolvendo-se a relação processual, tendente ao resultado natural, consistente no julgamento de mérito. Não admitida a demanda, haverá casos em que poderá ser reapresentada, desde que corrigidos os vícios que levaram à sua inadmissão e outros em que, por ter sido rejeitada com julgamento do mérito, ou ainda por ser incongruente ao sistema sua repetição, não mais poderá ser proposta a ação.

Por fim, tem lugar a sábia advertência de Godinho:

[...] não é possível admitir o ajuizamento de qualquer demanda, isto é, o exercício indiscriminado de ações ou o desenvolvimento sem balizamentos de processos, devendo haver um justo equilíbrio entre a realização do direito material e a admissibilidade da tutela jurisdicional.

A dificuldade de se encontrar esse equilíbrio leva à necessidade do intérprete sempre buscar a função constitucional do processo, ponderando, à luz do caso concreto, se há possibilidade de concessão (futura) da tutela jurisdicional mesmo diante de uma aparente inadmissibilidade, cujo reconhecimento não deve ser automático.

A existência de um plano de admissibilidade não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade arbitrárias, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de vedar indevidamente o acesso à justiça.

A existência dessa espécie de filtro não é livre nem soberana, havendo outras circunstâncias que devem ser ponderadas, sobretudo a missão primordial do processo, que é a tutela de direitos. (GODINHO, 2009, P. 714)

Como qualquer filtro ou restrição ao ingresso em juízo, o exercício do juízo de admissibilidade deve ser assaz criterioso e, pendendo dúvida sobre admitir ou não a

demanda, deve se permitir que essa evolua, haja vista que não se opera qualquer preclusão e prioridade é, e sempre será, assegurar o acesso à justiça.

3.1.2 Aptidão da petição inicial: Descrição clara dos fatos e elaboração correta do pedido

Leciona Greco (2009, p. 196) que pelo princípio da demanda incumbe ao autor definir qual é o seu pedido, em relação a quem ele é formulado e com base em que fundamento. A petição inicial é o instrumento da demanda, no qual é corporificada e registrada, para que possa ser conhecida e examinada em juízo.

Salienta Theodoro Junior (2009, p. 12), citando Carnelutti, que esta é a primeira colaboração das partes com o juízo, sendo fundamental para a delimitação da questão posta em juízo, ou seja, os limites objetivos da lide.

Passos realça a relevância da petição inicial, expondo que:

Peça básica, ela não é só o instrumento para constituição e desenvolvimento do processo, mas, por igual, a delimitadora da extensão em que se efetivará o poder de julgar do magistrado. [...] A importância de que ela se reveste reclama cuidado na sua formulação. Não só quanto ao atendimento das exigências enunciadas pelo art. 282, mas quanto à precisão, clareza e simplicidade da linguagem empregada. [...] Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, por conseguinte, nada mais significam do que a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização jurídica desse mesmo acontecimento. (Passos 1975, p. 143)

Observe-se que com a crescente tendência à sumarização da justiça, profundamente estudada por Bedaque (2009), a petição inicial é alçada à condição de peça fundamental do processo, juntamente com a sentença, não apenas por serem as únicas peças que inevitavelmente existirão em todos os processos, como pelo fato de que com a instituição de procedimentos cada vez mais sincréticos, com consolidação de atos e fases processuais, há cada vez menos espaço para a articulação de argumentos e produção de provas no processo.

Sem prejuízo da crítica justa que se possa fazer à sumarização, se considerada a imprescindível visão garantística e o reconhecimento do processo como instrumento de realização da justiça (FUX,2008), a realidade que é os advogados devem ter a preocupação de reunir na inicial todos os elementos possíveis, para viabilizar, desde logo, o julgamento da causa.

O pedido é o *objeto* da jurisdição, como esclarece Greco (2009, p.197), e sobre ele se dá a manifestação do órgão julgador. O pedido *imediato* é o provimento jurisdicional de cognição, execução ou cautela¹², que pretende o autor do órgão jurisdicional. Acrescenta Greco que:

Se o autor formula pedido que carece de certeza e determinação, ele postula de modo a não permitir ao juiz a prolação de uma sentença determinada e certa, condição essencial para sua exequibilidade. (GRECO, 2009, p.156)

Evidencia Marques (1998b), que o juiz deve sempre oportunizar ao autor que regularize a inicial, reparando a irregularidade ou saldando a omissão, ou seja, corrigindo sua falha no ônus de preparação adequada da demanda:

“Quando incompleta, pouco clara ou sem dos documentos exigidos em lei para instruí-la, a inicial não será desde logo indeferida, pois o juiz determinará que o autor a emende, ou complete, no prazo de dez dias”. Descumprido esse ônus, ocorrerá o indeferimento da petição.” (MARQUES, 1998b, p. 80)

A petição inepta é descrita por Marques:

Petição inepta é a que contém omissões, como também aquela em que falta nexos, entre os elementos constitutivos da lide, ou a impossibilidade jurídica do pedido, não permitam a configuração da *res iudicium deducta*. Ao invés de uma lide formalizada *secundum legem*, há fragmentos do litígio, peças deste desaglutinadas ou conteúdo anormal e impossível do pedido na descrição contida na inicial. Manifestamente inviável é, assim, uma petição que apresente tais falhas, defeitos ou anomalias. (MARQUES, 1998b, p. 82): (grifo do autor)

De toda exposição doutrinária, resta patente que é ônus da parte, a ser cumprido por seu advogado, elaborar corretamente a petição inicial, narrando os fatos com bastante clareza e expondo sua relação com pedido de forma conexa ao direito invocado.

Não é, pois, razoável supor que se possa aceitar, a título de *pseudo-acesso à justiça*, uma petição inicial incoerente, oca de sentido ou de direitos a tutelar. A progressão de um processo com uma inicial ininteligível pode conduzir não ao acesso, mas ao distanciamento da justiça, com a impossibilidade da tutela almejada.

Embora as presentes colocações possam parecer evidentes, não tem havido qualquer preocupação sistemática com a elaboração da inicial, no âmbito do Poder

¹² Em que pese alguma doutrina brasileira reconhecer também outras duas classificações de ação – mandamental e executivo *latu sensu* – a doutrina tradicional, a nosso sentir, com razão, abarca as espécies sugeridas entre as providências de cognição, apenas diferindo quanto ao modo de execução. Nesse sentido, v. Greco (2009).

Judiciário; ao contrário, em sede de juizados especiais prevalece o entendimento jurisprudencial de que a coerência da petição da inicial não é um requisito examinável no ato de recebimento¹³.

Note-se que não se trata de negar a dificuldade prática de verificação inicial de cada petição inicial, sob a ótica de administração da justiça, mas arregimentar argumentos para a busca por soluções mais satisfatórias para o problema, do que simplesmente aceitar iniciais ineptas e desenvolver processos fadados ao insucesso.

Como sustentado no capítulo final deste trabalho, há alternativas para se garantir uma boa preparação da demanda, inclusive no que tange a articulação dos fatos, para identificação clara da causa de pedir e do pedido; entre elas destacam-se a utilização de modelos-formulários, em que haja precisa indicação às partes (ao menos nos casos mais comuns) sobre quais são os fatos relevantes a serem descritos, para permitir a correta apreciação de seu pleito, bem como orientações gerais sobre como reunir e organizar as informações relevantes para a causa, à semelhança do que há no sistema instituído na Inglaterra sob o nome de *pre-actions protocols*.

3.2 A verificação inicial das condições para o legítimo exercício do direito de ação

3.2.1 Verificação inicial se dos fatos alegados decorre o direito afirmado

A causa de pedir, ensina Miranda (1975) supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo de demandar.

Dessa forma, cumpre ao autor, antes de propor ação – e com a assessoria de seu advogado – examinar quais são os exatos direitos que derivam dos fatos

¹³ Sobre o tema, o seguinte ato do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: AVISO TJRJ (Consolidação dos enunciados jurídicos cíveis e administrativos em vigor resultantes das discussões dos encontros de juizes de juizados especiais cíveis e turmas recursais do estado do rio de janeiro) Nº 23, de 02/07/2008 (ESTADUAL) Enunciado 3.1.2 - *Não haverá nos Juizados Especiais Cíveis pronta decisão de extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia de inicial, devendo eventual vício da petição inicial ser suprido na abertura da audiência de instrução e julgamento.*

ocorridos, para que possa formular o pedido correto, de acordo com o direito vigente.

Identificado os direitos, os fatos devem ser expostos, consubstanciando a causa de pedir, esclarecendo aos destinatários da petição inicial – juiz e parte adversa – a sequência lógica de acontecimentos que implicam a existência do direito afirmado e, para sua tutela, a providência jurisdicional requerida.

Patente, assim, que ao receber a petição inicial, o juiz deve verificar se o ônus de preparação da demanda, consistente na narrativa adequada de fatos constitutivos do direito à tutela jurisdicional requerida, operou-se suficientemente. Mais do que o exame da narrativa e confrontação com as provas que já instruem a inicial, afigura-se fundamental examinar se *comprovados ao final verdadeiros os fatos alegados, deles deriva o direito alegado e tem ensejo a tutela pretendida*. Isso porque se observado, *ab initio*, que dos fatos narrados não deriva nenhum direito, não há porque admitir a demanda e deixar ter curso o processo.

Esclarecendo o assunto, afirma Marques (1998a, p. 302), que:

Existe, portanto, o interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido ou tornado incerto. Há, assim, o interesse de agir sempre que a pretensão ajuizada, por ter fundamento razoável, apresente-se viável no plano objetivo.

Note-se que não se trata de *impossibilidade jurídica do pedido*, no plano fático ou jurídico, cuida-se do enquadramento do pedido, sob o prisma de tutela pretendida, a partir da causa de pedir exposta em juízo: se é *evidente* que causa de pedir não serve de fundamento para o pedido formulado, não é o pedido “impossível”, apenas *não é pertinente aos fatos aduzidos*.

Observa-se que enquanto a possibilidade jurídica do pedido é uma qualidade *do pedido*, a *pertinência* do pedido é uma qualidade da *correlação entre os fatos e o pedido, considerados em tese*.

Frise-se que a análise *em concreto* da procedência ou não do pedido, consiste justamente no exame de mérito, que não o que é aqui referido; trata-se do exame *em abstrato* da regularidade da estrutura da demanda, para definir se é o

caso de passar aos níveis lógicos de cognição seguintes, como verificação de que se o que é afirmado é comprovado.

Apurando o magistrado, no ato de exame inicial da petição inicial, que mesmo se comprovados ou confessados os fatos narrados na inicial, disso não surgirá para a parte qualquer direito, estará diante de uma demanda inviável, que deverá ser rejeitada. Razoável que para que não se percam os atos já praticados, antes, porém, seja oportunizado à parte que esclareça se são mesmo aqueles – ou somente aqueles – os fatos que servem de fundamento para o pedido formulado. Confirmado que o pedido da parte é feito sem nenhuma base fática correspondente, cumpre ao juiz declarar que daqueles fatos não derivam qualquer direito, o que é evidentemente uma *decisão de mérito*.

Há manifestação de mérito quando o juiz afirma peremptoriamente existir ou não direito, em função de certos fatos, e defere ou nega definitivamente a tutela jurisdicional pretendida. Se o juiz é expresso em afirmar que o contexto fático descrito na inicial não favorece o autor com os direitos invocados e lhe nega a proteção judicial esperada, houve julgamento de mérito, que regula definitivamente a definição da incidência do ordenamento jurídico sobre aqueles fatos, não podendo a questão ser novamente submetida ao crivo judicial, sob pena de descrédito à atividade cognitiva do juiz que julgou a causa. Há coisa julgada *material*, que *de lege ferenda* deveria ser reconhecida.

Saliente-se que embora, por ora, no sistema legal processual vigente, não se possa sustentar a inadmissão da demanda nos moldes propostos – com formação de coisa julgada material na hipótese – há outras hipóteses legais de rejeição liminar da demanda, com preclusão e formação de coisa julgada material, como aquelas previstas no artigo 285-A e no artigo 739, inciso III (embargos manifestamente protelatórios), e ainda no artigo 295, inciso IV, combinado com o artigo 269, inciso IV, todos do Código de Processo Civil.

Interessante observar que a aplicação do artigo 285-A, em verdade, é *horizontalmente* limitada, visto que apenas pode ser utilizado com fundamento na jurisprudência¹⁴, enquanto a aplicação do artigo 739 é *ampla*, posto que permite ao

¹⁴ Há muitas obras tratando do conteúdo, extensão e aplicação do julgamento liminar previsto no artigo 285-A, introduzido pela Lei nº 11.277/06, instituto cuja norma será alterada no Novo Código de Processo Civil, sem que a doutrina ou a jurisprudência tenham chegado a um consenso. O exame aprofundado do dispositivo, em todas as suas nuances, transcende o escopo deste trabalho.

juiz o exame de viabilidade *no caso concreto*, independentemente de qualquer precedente.

A rejeição da inicial calcada na decadência ou na prescrição, afeta o mérito da causa, não sendo viável propor novamente a ação. Na lição de Aragão (2005. P.420), “*a haver a extinção do processo nesses casos, sê-lo-ia com julgamento de mérito.*”

Da mesma forma, reconhecendo o julgado que a parte, pelos fatos narrados, não tem qualquer direito, define o mérito.

3.2.2 A impossibilidade jurídica do pedido como questão de mérito

Para Greco (2009, p. 231), a possibilidade jurídica é a conformidade do pedido com o ordenamento positivo, assim compreendido que o autor somente pode formular pedido lícito, descrevendo situação jurídica agasalhada pela lei, bem como materialmente possível.

Discute-se em doutrina se a impossibilidade jurídica do pedido estaria neste, ou também seria decorrente da causa de pedir. Endossa-se aqui a posição restritiva de Greco (2009, p.232), para quem se o objeto do pedido é ilegal (p.ex. entrega de entorpecentes ou outra coisa fora do comércio), o mesmo seria impossível, contudo se apenas a causa de pedir é ilícita, mas o objeto do pedido *não* (p.ex. pagamento em dinheiro – bem lícito – pela venda de entorpecente – causa de pedir ilícita), não seria o caso de reconhecer o pedido como juridicamente impossível.

Justifica o autor sua restrição com a necessidade de que pretensões fundadas em causas de pedir absurdas e ilegais – mas com pedidos lícitos – sejam julgadas em seu mérito, a fim de que não possam novamente ser deduzidas; com o que se deve concordar, concluindo-se, entretanto, pela *rejeição da demanda com julgamento de mérito.*

Observa-se que há significativa distinção entre uma demanda apresentada em juízo fundar-se em fatos que não geram, em abstrato, qualquer direito, e a situação da demanda ser efetivamente inviável, por não ser o pedido possível.

Existindo irregularidade ou ausente um dos elementos que serão vistos adiante, no capítulo em que são examinados os filtros e atos preparatórios vinculantes existentes na legislação, ainda que seja *inadmitida* a demanda e indeferida a petição inicial, *a mesma poderá ser reapresentada posteriormente* e, se

for ulteriormente preparada de forma correta, poderá ser admitida e ter o processo seu curso regular.

O atual Código de Processo Civil autoriza à parte, nova propositura da ação, somente ocorrendo perempção, com perda do direito de ação, na terceira vez em que o processo for extinto sem o julgamento do mérito por desídia da parte em realizar os atos que lhe caibam, entre eles, a adequada preparação da demanda.

Anote-se que, embora em regra a ação extinta sem julgamento de mérito possa ser reapresentada, isso não é permitido se a causa da inadmissão for o reconhecimento de coisa julgada, litispendência ou perempção, posto que não há sentido em autorizar nova propositura de ação cujo óbice à admissão é insuperável (ÉGAS, 2005, p.461).

Note-se Égas (2005, p.461)¹⁵, aponta diferença entre o diploma atual e o Código de 1939, em que haveria perempção se o réu fosse *absolvido da instância*, três vezes consecutivas, por qualquer dos motivos indicados para extinção sem julgamento do mérito, enquanto no Código atual somente fere de perempção a extinção que resulta do abandono da causa, não se lhe aplicando a sanção se a razão da extinção for outra. Ocorre que, como dito, a inércia do autor em praticar ato de preparação da demanda, que pela imprescindibilidade conduza à extinção, caracteriza abandono, logicamente, desde que regularmente intimado para *dar o correto andamento ao feito*, não o faça¹⁶.

Completamente diferente é a situação da demanda que supera os filtros processuais, exceto a *possibilidade jurídica do pedido* ou a *decorrência do direito alegado a partir dos fatos narrados*, hipóteses em que a demanda é *manifestamente inviável*.

Neste caso, o magistrado está diante de todos os elementos suficientes para afirmar que a parte autora *não tem direito à tutela jurisdicional*, não se justificando que deixe de examinar o mérito e a demanda seja proposta novamente, sob o inconsistente argumento de que não poderia ser formada coisa julgada material¹⁷.

¹⁵ Sobre as espécies de perempção, magnífica a exposição de Aragão (2005, p.427).

¹⁶ Colhemos o ensejo para afirmar que a hipótese de abandono da causa, prevista no artigo 267, inciso III, condicionada à intimação do parágrafo primeiro do mesmo artigo, *não é afastada por um andamento "qualquer" que se dê a parte ao processo*, que não seja o *correto* para fase processual que esteja. A lei menciona *atos e diligências que lhe compitam*, não servindo, p.ex., juntar uma procuração ou documentos na tentativa de ilidir a extinção, quando penda o pagamento de custas já indicadas.

¹⁷ A eficácia material das sentenças que impõe a extinção do processo, *supostamente* sem resolução do mérito, bem como o aprofundamento da questão relativa decisão liminar de mérito são temas que pela complexidade e importância transcendem os estreitos limites do estudo da fase pré-processual, pelo que serão desenvolvidos em outra oportunidade.

Desse modo, tem ensejo o reconhecimento da eficácia material da coisa julgada, mesmo nas sentenças extintivas sem resolução do mérito, posto que não mais poderão ser reapresentadas com a mesma estrutura de demanda.

Cumpre, pois, aos juízes, no exercício do juízo de admissibilidade, fiscalizarem a produção deste efeito. Tratando da eficácia da sentença e da autoridade da coisa julgada, ensina Liebman:

[...] Também os juízes lhe estão sujeitos; não, porém de modo diverso de qualquer outro, e de todo em todo independente da coisa julgada; acontece apenas que, estando dentro da esfera da própria competência, poderiam pronunciar em processo novo uma segunda sentença eventualmente contraditória. Para evitá-lo serve a coisa julgada, pela qual dispõe que o efeito produzido por uma sentença permaneça irrevogavelmente adquirido. (LIEBMAN, 1945, p. 37)

Quando a demanda é *manifestamente inviável*, o juiz não deve apenas *inadmitir* a demanda, mas sim *rejeitá-la liminarmente*, julgando o mérito e firmando a improcedência do pedido autoral. Forma-se coisa julgada, de modo que as partes não poderão submeter novamente a matéria decidida à apreciação do Poder Judiciário e o Estado tem o dever de não reexaminar a controvérsia (TUCCI, 2006, p. 168).

Reconhecendo também o caráter meritório da decisão que declara a impossibilidade jurídica do pedido, explica Mendes (2009, p. 337)

A possibilidade jurídica do pedido representa, como afirmado por boa parte da doutrina, na verdade, uma parte do mérito, submetido a uma cognição sumária. Como bem exposto por José Roberto dos Santos Bedaque, consiste na verificação da premissa maior, em termos de compatibilidade do pedido com o ordenamento jurídico. Há, como se sabe, duas teorias a respeito, a da falta de previsão no ordenamento e a outra, de expressa vedação, para justificar a impossibilidade jurídica do pedido.

Assim, se o indeferimento der-se ao fundamento de que o pedido é jurídica ou faticamente possível, ou se dos fatos não derivarem nenhum direito, identificada estará uma *demanda manifestamente inviável*, situação em que caberia o que se denomina de *sentença liminar de mérito* (SILVA. O., 2002, p.18).

3.2.3 A impossibilidade de “trancamento” da ação cível com supressão de instância

Vale consignar o entendimento que o entendimento pela existência de um ônus de preparação adequada da demanda – inclusive com o reconhecimento da

necessidade de uma *justa causa* para a propositura de uma ação cível – não permite a ilação de que seja possível o eventual *trancamento* de uma ação cível, por *ausência de justa causa*, à semelhança do que ocorre no processo penal.

No processo penal, o processo *por si só* é reconhecido como constrangimento grave, com reflexos sociais severos e por consistir em ato de força do Estado contra o cidadão e evidenciar suspeita de cometimento de ilícito penal. Na ponderação entre a constrição estatal e a liberdade individual, evidente que aquela somente se justifica em casos excepcionais e, não havendo robusta convicção de seu cabimento, não deve prosseguir.

Por outro lado, o processo civil é um instrumento garantístico e sua tramitação, embora possa gerar desgastes para as partes, não implica os mesmos embaraços do processo penal. Não há no processo civil uma constrição do Estado contra o cidadão – mesmo que o Estado seja parte – pois na competência cível, ambas as partes são dotadas das mesmas garantias, o que não acontece no processo penal.

O fundamento de um processo civil são alegações de violação de norma cível, cuja idéia de desvalor ético e moral não lhe é ínsita, como ocorre com a norma penal. A ação cível comumente deriva de uma controvérsia sobre a interpretação ou aplicação de leis cíveis, o que não redundando, em regra, em presunção de inidoneidade para aquele que restar sucumbente.

Com efeito, enquanto no processo penal o trancamento da ação penal e vedação ao prosseguimento da instrução, justificam-se por não haver, pelo lado do titular de pretensão punitiva, um direito a “*acesso à justiça punitiva*” da mesma magnitude da *amplitude de defesa* do réu (o processo penal é apenas uma condição para o exercício do direito de punir do Estado); no processo civil, ambas as partes detêm amplo direito de apresentação, prova e exame de suas pretensões, amplo acesso à justiça e à defesa, sendo, portanto, a supressão de instância implicaria manifesta violação do direito de garantias constitucionais.

A preparação da demanda é um ônus pré-processual da parte autora no processo civil, que suportará as consequências de sua não observação, no próprio processo, devendo o sistema assegurar suficiente reparação daquele que for injustamente demandado, responsabilizando quem de direito, com os ônus sucumbenciais.

O direito fundamental de acesso à justiça legitima tentativas de *salvar* o processo e regularizar uma demanda que padeça de preparação insuficiente, diferentemente do que ocorre na esfera processual penal, onde por ser o processo uma pujante constrição pública contra particular, não deve perdurar ao argumento de preservação do direito de punir do Estado, salvo quando absolutamente regular.

No processo civil, ausente a justa causa, o juiz adiará a admissão da ação e, se admitida em equívoco, oportunizará a reunião dos elementos necessários ao desenvolvimento da relação processual. Falhando a parte autora em seu ônus de preparação da demanda e não logrando reparar-lhe a falta, além de suportar os problemas já relatados, notadamente o aumento do tempo do processo e redução da qualidade das decisões, poderá experimentar uma prematura extinção do processo por sentença terminativa.

Registre-se, contudo, que tampouco deve ser admitido recurso contra a decisão que admite a demanda despreparada, por não gerar a matéria preclusão, podendo o autor regularizá-la. Logicamente, se facultado ao autor a correção das irregularidades, por qualquer instância, queda-se inerte e, mesmo assim, o processo prossegue, então, poderá ser o processo ser extinto.

3.3 O exame dos requisitos de admissibilidade no exercício do poder de admissão

Apresentada a petição inicial, em regra, através do serviço de protocolo, pode se seguir a distribuição da demanda – se houver mais de um juízo com a mesma competência – sendo a mesma encaminhada para o juízo competente.

O magistrado examinará a narrativa dos fatos, o direito aplicável sugerido pelo autor e os pedidos formulados, priorizando um exame de regularidade formal da demanda. Nessa etapa, o juiz tem poder de *admitir* ou *inadmitir* a demanda, iniciando ou não o processo, conforme esteja ou não a demanda corretamente preparada (MENEZES, 2011).

Para ser considerada *apta*, a peça exordial deve conter narrativa inteligível dos fatos e de um pedido correspondente, adequadamente formulado, que guarde coerência com os fatos. Toma-se em consideração, as partes, a causa de pedir, o pedido e os documentos que instruem a inicial, verificando os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, bem como as condições para o

legítimo exercício do direito de ação. Exerce também um juízo preliminar sobre prescrição e decadência.

Nesse momento, o juiz confere a presença dos documentos imprescindíveis à propositura e pratica uma análise superficial e provisória da causa, não se aprofundando em pontos que estejam suficientemente indiciados, cuja comprovação ou demonstração possa ter lugar posteriormente. Note-se que não deve o magistrado *admitir* demanda *manifestamente inviável*, ou seja, aquela em que, ainda que presumidos verdadeiros os fatos narrados na inicial, deles não decorram qualquer direito para o autor, como exposto no item anterior.

Apurada a presença dos requisitos específicos de admissibilidade da demanda, o magistrado profere a *decisão de admissão da demanda* e determina a citação do réu. Note-se que a determinação citação - o despacho “*cite-se*” – é apenas um ato processual *não decisório*, entretanto, a praxe processual transformou o “*cite-se*” simbolicamente na expressão que demonstra que o juiz admitiu o processamento da ação, sendo *o ato de admissão propriamente dito*, uma decisão judicial. Melhor seria a construção: “*Admito a demanda. Cite-se.*”.

Sobre o tema, ensina Moreira (2010. p.24)

A denominação tradicional, encampada pelo Código (v. art.285, *verbo “despachará”*), o despacho liminar mal se harmoniza, por sua natureza, com o conceito de mero despacho. A lei claramente lhe dá conteúdo de *decisório*, determinando ou permitindo que nele sejam resolvidas questões. O deferimento do pedido de citação do réu pressupõe, com efeito, que o órgão judicial haja apreciado (e resolvido no sentido afirmativo) todas as questões acima enumeradas, conquanto não se deva entender que fiquem elas desde logo preclusas. Não se trata de ato de impulso processual. O controle de regularidade formal e dos requisitos de admissibilidade da ação entra no conceito amplo de saneamento. (MOREIRA, 2010, p. 24) (grifo do autor)

Não é, tampouco, apenas o instrumento em que se registrou a demanda – a *petição inicial* – que é inadmitida; por sua decisão, o magistrado nega o desenvolvimento da ação, restringindo o exercício do direito de ação – que seria exercido através do processo (GRECO, 2009, p.191) – com fundamento na ausência dos requisitos de admissibilidade

Se a demanda apresenta defeito relevante, não tem o condão de servir para a deflagração de uma ação judicial. O indeferimento da inicial é, portanto, uma forma obstativa de sua eficácia (PASSOS, 1975, p. 199), pelo que não se produz o efeito de obstar o curso da ação através da formação e desenvolvimento do processo.

Frise-se que o *processo* começa com o *protocolo* da petição inicial (petição apresentada em juízo, contendo partes e pedido), tanto assim que se a ação é *inadmitida* – e a petição inicial é *indeferida* – prolata-se *sentença terminativa do processo sem resolução do mérito*. Trata-se, pois, de uma demanda *natimorta*, sem aptidão para desenvolver-se validamente.

Anote-se, contudo, que não se pode confundir a *inadmissão* da demanda, que obsta o seu processamento através do indeferimento da petição inicial, com a modalidade de *juízo liminar do mérito*, examinado no item anterior – impertinência do pedido face aos fatos, impossibilidade jurídica do pedido e aplicação dos artigos 285-A, 739, inciso III, 295, inciso IV, combinado com o artigo 269, inciso IV – que se referem à *rejeição da demanda*.

Na rejeição da demanda, há julgamento do mérito, a inicial é recebida e o mérito da pretensão é examinado, precipitando-se o julgamento final, nos casos previstos em lei.

Aplica-se neste ponto o conceito enfatizado quando se tratou da impossibilidade jurídica do pedido. Se o pedido é materialmente ou juridicamente *impossível*, ou ainda se dos fatos não decorre logicamente o direito alegado, estar-se-á diante de uma demanda *manifestamente inviável*, que não é passível de sanatória em momento futuro, no mesmo ou em outro processo; nestes casos a hipótese é de *rejeição* da demanda, formando-se coisa julgada que impede nova propositura de ação idêntica.

Admitida a demanda, será regularmente processada a ação, cumprindo ao magistrado estabelecer, dentro das balizas legais, o seu trâmite.

4 OS BENEFÍCIOS DA ADEQUADA PREPARAÇÃO DA DEMANDA

4.1 Maior envolvimento das partes na solução de seus litígios

Muitas são as vantagens que podem ser identificadas, quando a parte exaure os atos possíveis de preparação da demanda e esta é apresentada em juízo completamente estruturada.

O primeiro ponto de relevo consiste no *maior envolvimento das partes na solução de seus litígios*, ou seja, o cidadão conscientiza-se de que a sua conduta, após a verificação de conflito de interesses no convívio social, é muito importante para a solução justa deste conflito.

Assim como tem sido observado na Inglaterra, a tendência é que a valorização da conduta das partes pelo ordenamento jurídico, no momento pré-processual, acarretando consequências perceptíveis no desenvolvimento e resultado do processo, opere como motivador de posturas mais éticas e colaborativas entre os cidadãos, sempre que surgir uma disputa.

Cientes de que suas atitudes – boas e ruins – terão reflexos concretos num eventual processo e em sua decisão, as partes terão maior preocupação em se portar de forma adequada com seus semelhantes, bem como compreenderão a importância de preservar instrumentos de prova e, principalmente, de dialogar com quem lhe impõe lesão ou ameaça a direito, de forma pacífica e aberta.

Como salientado no curso deste ensaio, o contato entre os interessados, na fase pré-processual, amadurece a percepção do conflito pelas partes, que estabelecendo um canal de comunicação para preparação da demanda, tenderão a compreender reciprocamente suas posições, o que pode viabilizar a realização de acordos.

Mesmo as empresas evoluirão para uma maior valorização da relação com o cliente, que não estará apenas motivada pela mera manutenção da clientela ou fidelização dos consumidores.

Percebendo as pessoas jurídicas que sua resposta pré-processual às demandas de seus consumidores ocasionam efeitos significativos, tanto no campo do direito material, quanto no direito processual, certamente os fornecedores ficarão mais atentos à sua eficiência no esclarecimento de dúvidas e apresentação de soluções, para as questões postas pelos consumidores.

A administração pública também auferirá benefícios dessa concepção, sempre que prestar extrajudicialmente um serviço público adequado, assim como sofrerá as consequências de suas ações que sejam contrárias a um comportamento pré-processual adequado.

Considerando que o Poder Público é o principal litigante judicial¹⁸, o fomento que o particular utilize instâncias administrativas – sempre que eficientes – será benéfico tanto para o cidadão, que conhecerá o potencial de eficiência da administração e resolverá com maior brevidade suas questões, quanto para a administração pública, que terá retorno no devido investimento em instâncias e serviços de atendimento extrajudicial, para solução de conflitos.

Observe-se que não se cogita de uma instância administrativa ou extrajudicial obrigatória. A possibilidade de condicionamento ao exaurimento da esfera administrativa, constante do artigo 153, § 4º, da Constituição da República de 1969, com alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 7/1977¹⁹, foi em boa hora banida do sistema jurídico pelo artigo 5º, inciso XXXV, Constituição de 1988, sendo este comando direcionado ao legislador (MIRANDA, p.109).

4.2 Menor intromissão do Poder Judiciário na esfera privada

Boa doutrina endossa o entendimento de Chiovenda, no que tange reconhecer como elemento caracterizador da jurisdição a *substitutividade*, podendo ser referidos Calamandrei, Rocco, e, no Brasil, Moacyr Amaral dos Santos, Calmon de Passos, e Celso Barbi (SILVA. O., 2002b, p. 27).

Tratando da Teoria de Chiovenda, expõe Marinoni:

A jurisdição, mergulhada no sistema de Chiovenda, é vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Segundo Chiovenda, a jurisdição, no processo de conhecimento, “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não uma vontade concreta da lei, em relação às partes. (MARINONI, 2008, p. 35)

¹⁸ Poder público é o maior litigante, fonte CNJ

¹⁹ Dispunha o referido artigo: *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.*

Fato que modernamente, sob a ótica do publicismo, a jurisdição é considerada mais marcada pela *imparcialidade* do órgão julgador (GRECO, 2009; SILVA. O., 2002b), do que propriamente pelo *substitutivismo* do positivismo clássico de Chiovenda, todavia, em ambos os entendimentos, inequívoco que o exercício da jurisdição pelo Estado implica em intervenção na esfera privada.

Nesse sentido, Fux:

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem pública, limitando a autotutela. [...] A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável de a mesma provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se última manifestação do Estado soberano acerca da contenda, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, [...] (FUX, 2008, p.02)

Como ensina Greco (2009, p. 66), a jurisdição é um conceito em evolução, que embora esteja historicamente diretamente associada ao exercício de uma função estatal, motivos que vão desde a limitação do aparato e da eficiência do Estado, até a crescente complexidade das relações sociais, vão transferindo a solução do conflito para vias extrajudiciais.

Nesse contexto, observa-se que, enquanto na jurisdição exercida pelo Estado há uma *imposição externa às partes e invasiva* de suas vontades, que lhes atinge sua esfera de direitos, nos mecanismos extrajudiciais – notadamente na negociação e mediação – há a livre manifestação das partes, influenciando diretamente na composição do conflito.

Não se trata de dar *ares* liberais ao presente trabalho, tampouco de preferir o distanciamento do Estado da jurisdição propriamente dita, em detrimento da justiça do resultado no caso concreto, mas privilegiar a vontade individual – quando livre, informada e consciente – vislumbrando no fomento ao debate privado, também o amadurecimento da sociedade.

A cultura jurídica é produto da cultura social, no entanto, também o direito é conformador da cultura, produzindo efeitos na percepção dos cidadãos sobre seu poder sócio-político-jurídico. Assim, há ambiente para sustentar que o direito processual deve ser estudado e sistematizado para estimular as partes a desincumbirem-se o máximo possível no contato social, prevenindo e resolvendo litígios, resultando num *tecido* social mais harmônico, que precisará menos do Poder Público para pacificá-lo.

O esvaziamento do *clientelismo judicial*, com o comprometimento das partes na preparação da demanda e diligências pré-processuais – logicamente, dentro de suas possibilidades e sem lesão a seus direitos – configura verdadeira de *devolução* aos cidadãos do poder de participar e influir no destino de suas relações jurídicas, não por impossibilidade do Estado, mas por aumento da capacidade individual das pessoas de comunicarem-se e compreenderem-se.

4.3 Aumento das garantias processuais

Vislumbra-se na melhor preparação da demanda evidente aumento das garantias processuais. A comunicação das partes na fase pré-processual maximiza o contraditório, na medida em que é oportunizado ao réu – *future* réu – apresentar ao autor suas razões de resistência a sua pretensão, antes mesmo da propositura da demanda. O réu, mesmo antes de sua primeira manifestação formal no processo, já estará influenciando a decisão do magistrado:

A necessidade de que as decisões vinculativas (expressões de poder) sejam precedidas de debates pluralistas entre vários sujeitos reclama um elemento principiológico que confira dialeticidade e intersubjetividade ao procedimento: o contraditório moderno representa o direito de influir, a faculdade do cidadão de interferir nesses procedimentos e condicionar eficazmente a atuação dos demais sujeitos do processo. (CABRAL, p.118, 2009)

A amplitude de defesa também é exaltada, posto que o réu não apenas conhece os argumentos e fundamentos do pedido do autor antes da propositura da demanda, como dispõe de maior tempo – com mais proximidade da data dos fatos – para iniciar o registro e arquivamento dos meios de provas que serão úteis à defesa de sua tese em juízo.

Assim, havendo, por exemplo, procedimentos preparatórios que estimulem o autor a comprovar em juízo o contato prévio que fez com o réu, haverá a mais segurança de que não poderá o autor induzir a erro o juiz, para obter uma medida de urgência, posto que o juiz receberá manifestações de ambas as partes *ab initio*. Uma eventual má-fé de ocultar notícia de contato pré-processual, uma vez revelada no contraditório endoprocessual, ensejará sanções processuais por litigância de má-fé, sem prejuízo das conseqüências materiais.

Percebe-se no devido processo legal um *plus* que consiste na expectativa de que a causa chegue madura ao Poder Judiciário, o que induz que as partes afirmem

as vantagens da preparação da demanda, que têm reflexo direto no processo. Tanto ponto de vista substancial, a legitimidade das normas pré-processuais – cuja elaboração é tratada em capítulo deste ensaio, devendo ser marcada pela legitimidade – quanto do prisma objetivo, agrega-se valor ao devido processo legal, que assegura benefícios para os que *trabalham* conflito antes de ajuizá-lo e conseqüências ao que não fazem, conseqüências estas que sempre redundarão numa maior preservação do réu, em detrimento do tempo do processo, a fim que o caso só seja julgado, quando efetivamente maduro.

Nesse sentido, alguns dos próprios filtros, como a representação jurídica, consubstanciam-se em verdadeiras garantias, que preservam ambas as partes, garantindo um processo justo.

4.4 Celeridade processual

Além do evidente benefício já ressaltado da economia de atos *durante* o processo, que por si só já se apresenta como distintivo positivo do reconhecimento do ônus de preparação da demanda, há outras virtudes no desenvolvimento dessa fase.

Note-se que se com o contato prévio um número menor de ações são propostas, e das que são propostas, muitas acabam com mais rapidez, não há dúvida que se poupa recursos para as ações restantes. Estando a estrutura do Poder Judiciário menos abarrotada de feitos, os que efetivamente tramitarem, poderão ser trabalhados com mais agilidade.

A ideia que se reforçará adiante da legitimidade e legalidade do estabelecimento de normas que regulem a fase pré-processual, estimula o debate e estudo também dos procedimentos, servindo de foro para análise e proposição de reformas na própria lei processual e no procedimento, cujo íterim deve considerar a existência desse ônus de preparação da demanda, fixando condutas e conseqüências, tanto de sua execução quanto de sua omissão.

Alguma – sempre responsável e proporcional a capacidade de cada parte – extrajudicialização de providências de comunicação e produção preparatória de provas (obtenção de documentos etc.), transfere para o interessado o controle do tempo de sua realização, libertando-o da burocracia estatal e das seqüências de trabalho da máquina judiciária.

Interessante entendimento tem sido adotado na França, em que se evoluiu para aceitar em juízo, disposições processuais contratuais formuladas pelas partes em contrato (KOSTER, 2011).

A notícia também é analisada por Cabral (2009):

E essa colaboração deve ser buscada espontaneamente pelas partes e pelo Estado, tanto por mecanismos legais quanto por instrumentos consensuais. Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procédure*, um acordo plural entre os sujeitos do processo em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, como, por exemplo, prazo limite para alegações, prazo para julgamento, troca de documentos dispensa de recursos etc. (CABRAL, 2009, p. 219) (grifos do autor)

Não se trata de sustentar ou defender a possibilidade de exclusão de garantias ou violações ao devido processo legal, com base em contratos privados que seja, por exemplo, estabelecidos entre partes com diferentes graus de força econômica (p.ex. relações de consumo).

Por outro lado, o oposto pode ser imaginado. Não parece haver violação às garantias constitucionais ou processuais, que as partes optem, em contrato, pela moderada ampliação de prazos ou redução de prazos de postulação ou recurso, ou firmem entendimento prévio pela necessidade de prova pericial e de quem deva ser o ônus da mesma, independentemente de quem a requeira.

Fato que o conceito de disposições contratuais tratando de matéria processual pode soar, numa ótica publicista do processo, excessivamente liberal; contudo, atente-se que nosso sistema já admite a *eleição de foro*, *cláusula compromissória*, *transação pan-processual* e contratos privados com disciplina procedimental diferenciada (alienação fiduciária, arrendamento mercantil, imóveis financiados pelo sistema financeiro de habitação etc.), o que faz ver que não estamos tão distantes dessa linha, quanto pode parecer.

4.5 Melhoria na qualidade das decisões

Iniciando o processo com os fatos melhor delineados, sendo provável que o acervo probatório já traga a percepção de ambas sobre a situação e o que efetivamente ocorreu, a análise inicial do juiz já se dará sobre elementos de cognição liminar melhores do que habitualmente se verifica.

Também os argumentos de ambas as partes provavelmente virão cada vez mais conhecidos, expostos e rebatidos, permitindo ao magistrado que enfrente a questão, logo no começo, a partir dos pontos controvertidos, comumente já firmados com clareza na própria petição inicial. A orientação do procedimento, naquilo que for *flexível* e a própria instrução, operar-se-ão de plano focadas nas controvérsias decisivas e determinantes do julgamento final.

O contraditório endoprocessual será feito em arremate às questões já pontuadas, sendo trazidas provas reunidas desde um momento bem anterior à citação – pois ciente o réu na importância da preparação da defesa – pelo que a conclusão sobre a verdade dos fatos poderá aproximar-se com mais precisão do efetivamente ocorrido.

Todos esses elementos contribuem para que o julgador disponha de mais elementos – e elementos melhor definidos – no momento de cada decisão.

O exame de admissibilidade de uma demanda é muito melhor quando ela está adequadamente preparada. O juiz conhece de plano as partes envolvidas, entende detalhes da causa de pedir e pedido, sendo mais fácil aferir a presença dos requisitos de admissibilidade.

Da mesma forma, conhecendo com mais profundidade o tema que lhe é submetido, dispõe o julgador de mais elementos para definir o planejamento da relação processual, notadamente quanto à utilidade ou não de audiências de conciliação e instrução, modo e meio de comunicação às partes e interessados, entre outras opções, desde logo poderá ser feito, ajustado o procedimento à demanda, cujas características já foram expostas de início.

A decisão de mérito sobre questões principais e incidentais, antecipatórias provisórias ou definitiva final, serão tomadas com fundamento em acervo construído no nascedouro do conflito. O julgador considerará com base em provas mais robustas a boa ou má-fé de cada parte, antes e durante o processo, aplicando com pertinência eventuais sanções processuais e materiais.

Mesmo na execução – notadamente na extrajudicial – uma demanda bem preparada é fundamental. Boa parte da força do título executivo pode ser mitigada, quando a situação de fato não suficientemente esclarecida na inicial ou quando não se tem uma visão mais ampla da relação entre as partes, o que permite que se dê mais extensão aos embargos, o que fatalmente prejudica a eficiência da tutela satisfativa.

Havendo uma demonstração inicial clara do esgotamento das vias conciliatórias, um apontamento preciso do patrimônio do devedor e, não raro, provas cabais de sua recalcitrância, patente que o julgador sentir-se-á confortável para agir de forma mais enérgica, assegurando ao título e ao procedimento toda a pujança que quis o legislador.

4.6 Diminuição do número de processos nos Tribunais e do gasto público com a prestação da jurisdição

Desde o começo deste trabalho foi ponto principal ressaltar que o exame do tema não é feito tendo como prisma ou objetivo principal a diminuição do número dos processos nos tribunais ou a redução da carga de trabalho do Poder Judiciário, contudo, forçoso e válido destacar que esta é uma consequência secundária bastante positiva do entendimento ora esposado.

A função da República exercida pelo intitulado Poder Judiciário existe para prestar a jurisdição, o que faz através do processo, mecanismo que é de resolução justa do conflito. Evidente que como qualquer atividade desempenhada pelo Estado, também a jurisdição subsume-se aos limites da estrutura e orçamento disponíveis, dividindo seus recursos e possibilidades entre as tarefas que lhes são destinadas.

Compreende-se, pois, a preocupação permanente com o exponencial aumento do número de processo, que não tem como ser – nem é para ser – seguido de um proporcional inchamento da estrutura judiciária, ocasionando um decréscimo dos recursos – tempo, verbas, pessoal – disponíveis para o processamento, julgamento e execução de cada processo.

É justamente nesse contexto de administração da justiça que exsurge o referido benefício secundário de uma política pública de fomento à preparação da demanda. Os demais benefícios anteriormente referidos, como o aumento de acordos, implicam a redução do número de casos que chegam efetivamente a ser ajuizados, diminuindo o número de processos.

Observe-se que servindo a preparação da demanda como espaço para um melhor conhecimento dos fatos e do direito pelo interessado, menos demandas fadadas ao insucesso serão propostas.

Da mesma forma, a redução de diligências praticadas no curso do processo – o que por si só já acarreta redução de gastos em processos em que parte esteja sob

o pálio da gratuidade de justiça – resulta na celeridade, fazendo com que os processos comecem e terminem mais cedo, precisando de menos pessoas trabalhando neles, menos espaço para serem armazenados etc.

Ousamos crer que mesmo a melhoria na qualidade das decisões, contribui para a redução de processos e gastos do Poder Judiciário. Uma decisão mais precisa, tempestiva e eficiente, *cauteriza* um foco de problemas numa relação jurídica, evitando que outros problemas – e outros processos – aconteçam.

Uma demanda adequadamente preparada tende a abordar com mais amplitude todos os aspectos de uma relação jurídica em crise e, diferentemente do comumente verificado açodamento na propositura de múltiplos processos, caminhará para reunir todas as controvérsias entre as mesmas partes em um único processo, que recebendo a correta decisão, arrematará de forma mais justa a solução para o caso concreto, do que o ocorreria com gotejamento de decisões em processos variados.

Ademais, não se pode olvidar que os filtros *pré-processuais* afiguram-se alternativas mais adequadas do que os filtros *endoprocessuais*, notadamente a panacéia de enunciados, súmulas vinculantes, normas impeditivas de recurso etc, posto que além de impor à parte e seu advogado um melhor estudo prévio sobre a viabilidade da demanda, não padecem do mal da *descontextualização*, destacado por Sausen (2010), haja vista que sempre são analisados conforme o caso concreto:

No que se refere às sumulas (vinculantes e impeditivas de recursos), sofrem elas oposição implacável de parte da doutrina, porquanto, segundo as vozes mais abalizadas no assunto, tal como o eminente Lenio Streck, em obras de fôlego, faz análise aprofundada da matéria, desde origem, relação com nosso sistema, legitimidade cabimento etc. [...]

Ocorre, entretanto, que esses filtros, embora positivos para o restabelecimento das funções constitucionais desses Tribunais Superiores, encerram questão tormentosa, qual seja, a possibilidade sempre presente da descontextualização das decisões do caso concreto, com o conseqüente desprezo da situação fática e particularidades de cada caso, em face da adoção de conceitos universalizantes por simples dedução.

Sem embargo, os filtros *pré-processuais* somam-se às estratégias para redução do número de processos, não pela via da *coletivização* de tratamento jurídico, mas, ao contrário, optando pela distribuição do ônus de verificação da viabilidade das ações entre partes, advogados e juízes de primeiro grau.

Evidente que para que não sejam os filtros *pré-processuais* mais um foco de questiúnculas pontuais, que conduzem a infinitos recursos, com os resultados mais diversos, que é fundamental uma estrutura jurídica de orientação dessa fase pré-

processual, para que seja seguida pelas partes e advogados e sirva de base para uma análise preliminar da petição inicial.

5 A FINALIDADE DOS FILTROS LEGÍTIMOS À PROPOSITURA DA AÇÃO

5.1 Necessidade de filtros

A ideia de filtros passa, primeiro, pela compreensão de que o direito de ação, como qualquer direito, tem limites. Nesse sentido, vale lembrar as lições Liebman, incorporadas ao nosso Código de Processo Civil, notadamente quanto à teoria mista da ação.

Sustenta com razão Liebman (2003) que o direito de ação corresponde a um agir dirigido contra o Estado, em sua condição de titular do poder jurisdicional e, por isso, em seu exato significado, o direito de ação é, no fundo, o direito à jurisdição; entre ação e jurisdição, existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro. Todavia, para Liebman (2003) a decisão do juiz que julga as condições da ação não corresponde, ainda, à verdadeira jurisdição – limitando-se a uma averiguação prévia – só havendo jurisdição quando o juiz constata que a causa posta em julgamento está constituída, no processo, de forma regular e é *apta a ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda* (SILVA. O., 2002b, p. 100), ainda que esta decisão seja contrária ao autor.

Esclarece Silva:

A doutrina de Liebman representa, de certa forma, uma intermediação entre os dois extremos, representados pelas correntes do “direito concreto de ação” e do “direito abstrato”. Reagindo contra a “doutrina civilista” da ação, e, ao mesmo tempo, negando também a tese oposta, que identifica a ação com o simples exercício de um direito público subjetivo incondicionado, por meio do qual qualquer pessoa pode provocar a atividade jurisdicional, coloca-se Liebman num ponto intermediário, ao definir “ação como um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, correspondente ao direito reconhecido a todo cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide. (SILVA. O., 2002b, p.101)

Por outro lado, a delimitação do direito de ação passa também pelo reconhecimento do *direito de não ser demandado injustamente*. Este é um ponto especialmente sensível, haja vista um entendimento aparentemente prevalente de que se inclui entre “*afazeres sociais normais*” suportar ser réu em um processo judicial.

Não parece razoável que uma pessoa possa ser deliberada e injustamente posta na condição de réu, ao talante de outrem, sem um mínimo de fundamentos.

Da mesma forma, não seria verdadeiro afirmar que, para a maior parte das pessoas, participar de um processo judicial é um “*aborrecimento corriqueiro*”.

Figurar como parte em uma ação judicial gera desgaste emocional, psicológico, pessoal e econômico. Um grande tempo é perdido entre consultas com advogado, audiências e reunião de documentos, bem como quantias significativas são gastas com advogados, entre outros prejuízos e transtornos de ordem pessoal. Uma pessoa somente deve estar em juízo, ou voluntariamente, ou se há uma questão de seu mundo de relações jurídicas, que efetivamente deve ser resolvida na via judicial.

Noutro ponto, deve-se observar que não se cuida apenas de filtros estritamente jurídicos, mas também de filtros *práticos*, pertinentes à viabilização do serviço judiciário.

Corresponde ao direito de ação, um dever do Estado de prestar a jurisdição. Este dever, como todos os outros deveres estatais, está sujeito às limitações materiais do próprio Estado. Não basta que alguém tenha o direito *em tese* de propor uma ação, pois para o exercício pleno deste direito de ação, notadamente sob a ótica de acesso à ordem jurídica, o Poder Judiciário deve estar apto a prestar esse serviço.

Não obstante, além de evitar indevido constrangimento a quem não deva ser réu ou o seja, em um demanda manifestamente inviável, os filtros desempenham importantes funções, ante a influência da preparação da demanda no tempo do processo, na contribuição para a qualidade das decisões, como barreira ao demandismo irresponsável e, ainda, como fomento à composição extrajudicial sem violação do acesso à justiça.

Segundo Barbi:

Deve-se considerar que um dos problemas quase universais é o da morosidade dos serviços judiciais; e essa demora decorre geralmente do grande número de causas. Assim, para atendimento dos que realmente necessitam de proteção judicial, deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem a intervenção daqueles órgãos. (BARBI, 2010, p. 18)

Observa-se, pois, que os filtros atuam *otimizando* a prestação jurisdicional, contribuindo tanto para a *qualidade* da resolução dos conflitos, pelo estímulo à autocomposição e melhoria da qualidade das decisões, quanto conferindo *celeridade* à função judicial, ante sua agilização *interna* do processo e retirada de

barreiras *externas* ao processo, no caso, outros processos inviáveis, que deixam de ocupar o lugar de processos realmente necessários.

5.2 Utilidade das normas que orientam a forma de apresentação das demandas em juízo

Um entrave ao trâmite processual pouco analisado por seu viés *prático*, embora significativo em prejuízo ao tempo do processo, consiste ausência de normas técnicas claras para a formatação de petições em juízo. Não se trata de exigir dos advogados o estrito cumprimento das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas, a semelhança do que ocorre na academia, mas de buscar um mínimo de padronização ou sistematização, que facilite a padronização e organização interna do Poder Judiciário, viabilizando o planejamento e estruturação do serviço judiciário.

Evidente que a padronização de técnicas de apresentação – e que não deve ser em nenhuma hipótese confundida com padronização de conteúdo jurídico – sempre foi um desafio para o Poder Judiciário, haja vista a multiplicidade de normas e interpretações, além da variabilidade intrínseca de atividade, ínsita à multiplicidade de procedimentos e o próprio caráter subjetivo da atividade do profissional da área jurídica.

Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça vem atuando de forma relevante, mas ainda tímida, para propor a advogados e tribunais o estabelecimento de métodos de trabalho mais uniformes quando tamanho de papéis, petições, autos, normas de atendimento e outras questões que, embora administrativas, têm reflexo no tempo do processo.

Em matéria processual, ocorre particular interseção com assuntos tipicamente de administração da justiça, quando se trata do vazio de normas ou critérios básicos da petição inicial, por exemplo.

Citamos como exemplo, a qualificação das partes. A qualificação das partes é importante para a identificação jurídica dos limites subjetivos da lide, contudo, também é de alta relevância para a realização dos atos processuais de comunicação, para o contato interinstitucional para obtenção de informações relacionadas com a causa e ainda para atos executórios de decisões judiciais.

A adequada preparação da demanda, com a correta qualificação das partes agiliza o processo, permite uma decisão judicial fundada em fatos mais precisos e torna mais efetiva a tutela, que pode ser mais célere.

Assim, havendo normas mais claras – repita-se, como regra, abrindo-se exceções sempre que necessário para assegurar o acesso à justiça – sobre o modo de identificação dos sujeitos do processo, por ocasião da preparação da demanda, há vantagem para o próprio demandante, que otimiza o processamento de sua causa, e para o réu, que será atingido apenas será chamado a processo que lhe seja efetivamente dirigido.

Não é só. Com a virtualização do processo e disseminação do uso da informática, observa-se já nos regulamentos emitidos por certos tribunais a fixação de normas para apresentação de demandas judiciais. Esta padronização mostra-se imprescindível ante o meio técnico utilizado e, sem dúvida, traz benefício para as próprias partes, que ganham com a eficiência do serviço, que poderá ser ainda mais eficiente, na medida em que se reduzam as dificuldades operacionais.

Outras questões estão em debate, tendo como fórum principal o Conselho Nacional de Justiça, apesar de envolverem ou tangenciarem questões jurídicas, pelo que estavam a merecer um debate mais amplo com a comunidade jurídica.

Anotam-se temas como limitação ao tamanho da petição inicial – questão complexa, que deve ser analisada com cuidado, ante a aparente restrição ao direito de acesso à justiça, pela limitação de argumentos – e a utilização de formulários, estes já há muito adotados em outros países e mesmo no Brasil, de forma velada, nos juizados especiais. Os modelos ou formulários podem ser interessantes, pois facilitam o trato de casos similares, porém sua obrigatoriedade redundaria no problema da limitação ao tamanho das petições iniciais.

5.3 Influência da preparação da demanda no tempo do processo

Como dito alhures, a otimização dos processos de trabalho permite um aperfeiçoamento da prestação do serviço público de prestação jurisdicional, que depende, não somente do desenvolvimento de instrumentos jurídicos, como da conjugação destes com uma estrutura física de realização de atos que deem concretude às decisões judiciais.

Tem o presente estudo, entre suas consequências, apresentar mais uma proposta de solução para sempre presente problema do excesso de tempo para a prestação da jurisdição. Note-se que nesse assunto, uma proposta não exclui outras, que devem, sempre que compatíveis, serem combinadas para que de seu conjunto se extraia o resultado buscado: a duração razoável do processo.

Inequívoco que boa parte dos óbices à célere prestação da justiça está no trâmite burocrático do processo, atabalhado por leis confusas, jurisprudência instável e uma máquina administrativa que não é bem gerida, padecendo dos típicos e tradicionais males da administração pública: métodos de trabalho anacrônicos, recursos financeiros mal aplicados, servidores insuficientemente capacitados e desmotivados, pela leniência dos administradores com sua baixa eficiência.

Ocorre que não é aumentando essa máquina burocrática que se encontrará a saída para eficiência judiciária. Neste sentido Calmon:

Nas a justiça está em crise (desde sempre) e não dá conta dos milhares de processos que lhe são postos; o processo é burocrático e permite manobras protelatórias. O grande desafio do processualista moderno, então, é resolver essa grave crise, sendo sua primeira e mais difícil tarefa descobrir qual o ponto onde se deve operar a mudança. As opções que surgem são do tipo: aumentar as verbas para o judiciário, diminuir a burocracia processual, aumentar o poder do juiz, diminuir o tempo do processo etc. Percebam que as propostas de aumentar e diminuir aproximam-se de teorias matemáticas, em que se procura dar racionalidade numérica à atuação judicial. Essa visão me parece frágil e merece ser questionada, mas não para que sejam abandonadas as reformas pontuais e que deixem de ser tomadas medidas administrativas, mas para que se faça um plano de mudança mais amplo, alterando-se as raízes e não só podendo-se as folhas. (CALMON, 1975, p. 46)

Com efeito, a ideia consiste em reconhecer na fase pré-processual mais agilidade na realização de atos do que se observa, por todos os motivos conhecidos, durante o processo. Assim, quando a parte diligencia na preparação da demanda, poupando atos do processo, atua pela economia de tempo.

Um dos elementos indicativos de uma demanda adequadamente preparada consiste no fato de *todas as diligências que poderiam ser feitas extrajudicialmente tenham sido feitas*, o que indubitavelmente, poupará tempo do trâmite processual.

Assim, quando uma demanda é corretamente instruída com todos os documentos necessários a que a parte tinha ou poderia ter acesso, sem a intervenção judicial, quando todas as informações pertinentes estão colacionadas e ordenadas na petição inicial, resta patente que este processo terá um curso mais direto do que aquele em que, logo no início ou na fase instrutória, ter-se-á que

buscar por documentos ou chamar a parte para prestar informações, que podia e deviam ter sido trazidas desde o começo.

Uma petição inicial apta, com pedido adequadamente formulado, devidamente instruída, dispensa a *emenda à inicial*, compasso processual que atrasa a marcha do processo e deve ser evitado pelos advogados.

Ademais, um estudo de caso bem feito, antes da propositura da ação, auxilia sobremaneira a identificação do juízo competente, na obtenção de documentos comprobatórios da legitimidade da parte adversa e do próprio direito, assim como na distinção entre as provas que serão efetivamente úteis e aquelas cujas diligências de localização estão fadas ao insucesso. Tudo são óbices ao tramite processual regular, que aumentam o tempo do processo, não apenas pelos requerimentos, mas por prazos para manifestação, formulação de petições, juntadas, respostas de outros órgãos, tempo para decisão dos magistrados, publicações, atos estes que poderiam ser, em grande parte, evitados.

Uma vez mais, ressalta-se o prejuízo para a própria parte em função do *clientelismo judicial* e uma visão incorreta sobre a função do advogado. Não se trata de transferir para as partes atos próprios do judiciário, mas sim de *redefinir quais são os atos essencial e necessariamente judiciais*, co-responsabilizando partes e advogados pelo tempo do processo.

A advocacia é uma atividade nobre e complexa, que vai muito além da mera elaboração de petições ou participação em audiências. O advogado é *preparador mor* do processo e responsável pela orientação da parte na preparação da demanda.

Pertinente o comentário de Greco (2008b):

O que é de lamentar é que hoje no Brasil, em muitos setores da Justiça, tenha se formado uma consciência negativa de juízes a respeito da atuação dos advogados, como se estes mais atrapalhassem do que colaborassem para a boa administração da justiça, o que leva muitas vezes o juiz a adotar atitudes autoritárias na ânsia de suprir possíveis deficiências dos advogados. Não acho que esses juízes estejam totalmente destituídos de razão, pois não me parece que o problema da má escolha do advogado pela parte possa ser tratado com indiferença pelo magistrado, como uma questão meramente contratual e de direito privado, se, afinal de contas, foi o Estado que conferiu ao advogado o direito de exercer a profissão e que o qualificou para esse mister, através do ensino jurídico oficial ou reconhecido pelo próprio Estado. Mas me parece que o juiz tolerante e democrático deveria antes sugerir que o advogado considerasse a possibilidade de adotar esta ou aquela iniciativa postulatória ou probatória do que substituí-lo. Essa postura é a que adota, por exemplo, o juiz alemão, através do instituto ali denominado de *dever de advertência (Hinweispflicht)*. Nesse aspecto ainda estamos muito atrasados. (GRECO, 2008b)

Os atos de preparação incumbem à parte e seu patrono; propor uma demanda desarticulada, requerendo ao Poder Judiciário diligências que poderiam ser feitas antes do processo, significa não apenas expor-se ao risco de inadmissão da demanda, como transferir para uma máquina pública já sobrecarregada um ônus particular, *em prejuízo próprio*. É a parte que perde com a demanda que demora a ser apreciada pela não realização prévia dos atos que lhe cabiam.

5.4 Contribuição para a qualidade das decisões

A qualidade da decisão judicial é resultado do conhecimento técnico do magistrado e dos advogados, coordenado com uma boa preparação da demanda e uma instrução adequada: a sentença final deve ser *construída* pelas partes, advogados e juiz.

Como doutrina Moreira (1997b, p.18), uma das falhas de nosso sistema é que deveria ser apto a assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador correspondesse, tanto quanto possível à realidade.

Firma-se, no entanto, a ideia de que a atividade do juiz deve ser sempre excepcional e supletiva da atuação das partes. A indicação do material fático da causa ter deixado de constituir tarefa exclusiva das partes, não esvaziou nem diminuiu o ônus probatório das partes, que devem contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da causa de pedir, e todos mais que estejam ao seu alcance e sejam relevantes.

Tratando do sistema processual modelo para a América Latina, Bedaque (2004) afirma que:

[...] ao juiz são concedidos poderes instrutórios, a fim de que ele possa melhor formar seu convencimento, nos casos em que a atividade desenvolvida pela parte se revele insuficiente. Por esta razão sustentamos a subsidiariedade dos poderes instrutórios do juiz, que deve atuar para integrar o acervo probatório do processo exclusivamente se as partes não diligenciarem eficientemente em fazê-lo. [...]

Entender de forma diversa resultaria em aceitar a passividade das partes no exercício de seu direito de ação e defesa, provocando um *clientelismo judicial* – faceta do *clientelismo estatal* – em que as partes indevidamente passariam a

acreditar que não precisam se esforçar na comprovação dos fatos alegados, pois tal encargo caberia ao poder judiciário.

A fase instrutória do processo não existe para *poupar* a parte indiligente, mas para que sejam produzidas provas cuja validade ou possibilidade dependia de ato judicial, bem com para assistir à parte fragilizada e viabilizar a obtenção de elementos demonstrativos da verdade real. Essa é a orientação do Projeto de Novo Código de Processo Civil, ao determinar que o juiz vele pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica das partes ou seus representantes, restaurando – e não violando – a paridade de armas²⁰.

Insuficientes as provas produzidas inicialmente ou posteriormente requeridas, e não decorrendo, quer dos autos, quer das regras da experiência, qualquer pista a indicar ao juiz a possibilidade de produção de alguma outra prova capaz de desvelar a verdade, inevitavelmente a parte que não se desincumbiu do ônus probatório estará fadada ao insucesso (GRECO, 2006b. p. 423/470).

Destaca Greco (2008b) que aceitar que, diante da insuficiência probatória decorrente da iniciativa deficiente das partes, devesse o juiz lavar as mãos, seria desobrigá-lo de exercer a tutela efetiva dos direitos dos seus jurisdicionados. Também quanto às provas o juiz atua assegurando a isonomia, porém atento à igualdade *material* e não apenas *formal*. Esse entendimento é coerente com a visão do processo como um instrumento de solução justa do conflito.

Dessa forma, uma boa preparação da demanda, não apenas com provas pré-constituídas – quando possível – como com outros atos, como reunião de jurisprudências sobre o tema, correta correlação entre os fatos e o direito, e mesmo a maturação do litígio numa fase pré-processual, contribuem para que a decisão judicial seja *melhor*, mais *precisa* e mais *completa*. Um pedido bem formulado aumenta a possibilidade de uma decisão que realmente satisfaça a parte no mundo dos fatos.

Em sentido oposto, uma demanda mal elaborada, dificulta a prestação jurisdicional e pode inclusive induzir magistrado a erro, mesmo sem má-fé da parte.

Não raro observa-se que não há nos autos um pedido suficientemente claro ou adequadamente formulado para atender o verdadeiro interesse da parte. Um

²⁰O Projeto de Código de Processo Civil que tramita no Congresso Nacional traz dispositivo com a ideia do texto: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.”

pedido incompleto pode dar azo a uma decisão que não resolva o problema da parte, exigindo-lhe um novo processo, mais tempo e mais desgaste.

A falta de documento que estivesse disponível pode ensejar, quer pela preclusão, quer pela presunção de sua inexistência e o julgamento antecipado da lide, uma decisão dissonante da realidade, embora perfeita ante o que consta dos autos.

Cumpra-se à parte e a seu advogado preparem bem a demanda, disponibilizando todo o material probatório existente e relevante, estudando o advogado a correlação dos fatos com o direito e as interpretações judiciais, tudo como parte do trabalho de *cooperação* com o juízo, para a prolação de uma decisão correta.

Destaca-se o caráter dialético do processo e a existência de uma atividade de cooperação entre o juiz e as partes, e entre estas. O denominado *princípio da cooperação intersubjetiva* tem função *legitimadora* da atividade decisória do magistrado. Gouveia (2009) destaca as duas faces do princípio: 1) dever das partes de cooperar com o juízo 2) dever do juízo de cooperar com as partes. Acrescentamos, ainda, o dever das partes de cooperar entre si, observadas suas garantias.

A parte que não coopera, age em desacordo com o *princípio da boa-fé*, enveredando pela litigância de má-fé e abuso do direito. O princípio da cooperação é expressamente previsto no artigo 266º do Código de Processo Civil de Portugal²¹. Sousa (1997, p.65) destaca como deveres essenciais de cooperação: o *dever de esclarecimento*, o *dever de prevenção*, o *dever de consulta* e o *dever de auxílio*. As partes e o juiz devem se *esclarecer* reciprocamente e ao juiz seus pontos de vista; o juiz deve *prevenir* as partes quanto às possíveis consequências jurídicas de suas condutas e indagá-las (*consultá-las*) sobre pontos da disputa relevantes para o julgamento da causa, antes de utilizá-los como fundamento de suas decisões, bem como cumprir ao magistrado *auxiliar* as partes, removendo obstáculos ao pleno exercício de seu direito de ação ou defesa.

O processo deverá orientar-se pelo diálogo e comunicação entre os sujeitos processuais, privilegiando tais aspectos em detrimento de um enfoque estratégico

²¹ Código de Processo Civil Português: “Artigo 266º (*princípio da cooperação*) 1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”

ou *duelístico* (GOUVEIA. 2009; MOREIRA. 2004a). O juiz deixa de ser um mero espectador de uma disputa das partes, passando a agir ativamente para a justa composição do litígio. A prevalência do conteúdo sobre a forma demonstra completa alteração nos paradigmas processuais, que afasta uma concepção do processo civil no liberalismo clássico, criando uma legislação sintonizada com a ideia de um Estado Social de Direito.

5.5 Fomento à composição extrajudicial sem violação do acesso à justiça

Sem prejuízo da fé da sociedade na promessa de realização de justiça pelo Poder Judiciário, abre-se o caminho para o exame de uma *contrafluxo* de responsabilidade pela justiça, através do qual se compromete as partes com a solução do litígio.

Apresenta-se a autocomposição *voluntária* como um meio socialmente mais *maduro* de resolução de conflitos, pois estimula as partes a compreenderem todos os aspectos da relação – inclusive aqueles que são relevantes para seu oponente – em lugar de lhes permitir a cômoda visão unilateral do postulante, que pede e espera o provimento jurisdicional, pelo qual, psicologicamente, não se sente responsável.

Com o contato dos interessados antes da propositura da demanda, mesmo que em razão da preparação desta, à semelhança do que ocorre na *discovery*²² americana ou na *disclosure* (ANDREWS, 2003) inglesa, evita-se que as partes iniciem o processo sem nunca antes terem travado um contato pessoal, muitas vezes não se conhecendo ou sequer tendo comunicado para tentar resolver extrajudicialmente o conflito.

Insta salientar, entretanto, que a composição efetiva deve sempre ser *voluntária*, não podendo ser *imposta tacitamente* pelas dificuldades de ingresso em juízo. Propõe-se que com o contato natural, em alguns casos, orientado por normas legais sobre a fase pré-processual, as partes tentem de plano resolver o problema, ou mesmo apenas praticando atos preparatórios da demanda – como conhecendo melhor a atividade da parte adversa, p.ex. – oportunize-se uma solução pacífica e

²² Para um estudo detalhado do sistema americano de *discovery*, excelente a obra de Paula Júnior (2008).

amistosa, que se mostre alternativa e vantajosa em comparação ao processo judicial.

Andrews (2009), conceituado doutrinador inglês, noticia a tendência marcante que há na Inglaterra de se promover a ADR (*Alternative Dispute Resolution*), principalmente com a utilização de mediação. Pretende a *Justiça* inglesa que os procedimentos judiciais sejam cada vez mais raros. O Poder Judiciário pode e deve encorajar que o conflito seja resolvido pelas pelos *Métodos Não-Adversariais*, em que as partes atuam em conjunto na resolução do problema e não uma contra a outra.

Na Inglaterra (ANDREWS, 2009), os protocolos pré-processuais – *pre-action protocols*²³ – sempre recomendam a adoção prévia à propositura da demanda, de mecanismos de autocomposição, como a mediação²⁴. A mediação consiste em procedimento específico com técnicas próprias e conhecimentos interdisciplinares, que utiliza *ferramentas* de diversas áreas do conhecimento humano, não podendo – nem devendo – portanto, pretender-se sua inteira regulação pelo direito²⁵.

Por sua natureza, a decisão judicial é externa às partes e, salvo quando se harmoniza perfeitamente com a pretensão deduzida em juízo ou encampa inteiramente a tese defensiva, não projeta nas partes uma sensação integral de *Justiça*, posto ser uma percepção *alheia* às partes sobre o que seria *justo* no caso concreto.

A autocomposição, por ser proveniente do entendimento humano entre as partes, faz mais do que definir uma norma jurídica: restaura a relação entre as partes e fortalece as bases da boa convivência social. Como destaca Campelo (2010), “a autocomposição é o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o desejo de querer viver em paz com seus semelhantes”. Nessa linha, importantes e exitosas experiências têm sido feitas junto ao Poder Judiciário (ALMEIDA NETO, 2006).

No âmbito pré-processual, a mediação coloca-se como uma valiosa aliada (PINHO, 2010), que potencializa as iniciativas empíricas de resolver o problema. Registre-se, entretanto, que, não se afigura interessante a obrigatoriedade da suspensão do procedimento para a tentativa de conciliação ou mediação das partes,

²³ Os protocolos pré-processuais do sistema inglês são estudados no Capítulo V deste trabalho.

²⁴ Vide anexo A – Protocolo de Difamação

²⁵ Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei de Mediação – Projeto de Lei nº 4.287/98 – que aguarda votação.

tampouco a imposição da mediação ou composição como fase obrigatória necessária em todos os procedimentos, como se optou por fazer na Argentina²⁶.

Sobre a normatização da mediação, embora a recomende, esclarece Almeida que:

[...] não é pré-requisito para tornar possível a utilização dos métodos autocompositivos e, por conseguinte, a criação da lei não visa instituí-los. Alerta, ainda, o autor, que “a utilização compulsória da mediação, introduzindo-a no ordenamento jurídico como requisito de admissibilidade da ação, pode trazer inúmeros inconvenientes a serem enfrentados, como, por exemplo, a provável mitigação da autonomia da vontade – essencial ao método -, a necessidade de capacitação de um sem número de profissionais para atender à demanda instantânea e às diferenças estruturais entre as comarcas de um país continental com o nosso”. (ALMEIDA, 2010)

Aliás, no Brasil, a tentativa de imposição da conciliação como procedimento prévio obrigatório foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da impugnação ao artigo 625-D e seus parágrafos da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, acrescidos pelo artigo 1º da Lei nº 9.958/2000. O artigo em questão determinava a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia. Sustentou-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade que o artigo restringia o direito do cidadão à apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito²⁷.

Saliente-se que busca pelas partes na fase pré-processual e a comprovação disso, no momento do ingresso em juízo, além de valer como tentativa de solução extrajudicial do conflito, otimiza o procedimento, posto que o juiz não terá motivo para inserir fases conciliatórias que retardariam o provimento final, se essa opção já foi tentada²⁸.

Registre-se que a apuração a utilidade do método alternativo de solução de conflitos não está adstrita à análise de questões jurídicas, pois além de considerar a *natureza da pretensão jurídica*, coteja também a *relação humana das partes* (MARTINS, N., 2006), conceito extrajurídico que considera, por exemplo, ser a

²⁶ O Congresso Nacional Argentino dispôs no ano de 1995 sobre a criação de uma instancia obrigatória de mediação previa aos pleitos judiciais, com a finalidade de “*promover a comunicação direta entre as partes para a solução do extrajudicial da controvérsia*” e em 1996 a respeito dos conflitos individuais ou plurais derivados do direito do trabalho – LEIS 24.573 e 24.635 (CAIVANO, 2006).

²⁷ A referida ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal está transcrita e examinada neste trabalho, no item sobre *habeas data*, do último capítulo deste trabalho.

²⁸ O Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil reservou toda uma seção para tratar de mediação. Os onze artigos – 134 a 144 – e a expressa determinação ao juiz para tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente, constante do artigo 107, inciso IV, evidenciam a preocupação da proposta com a autocomposição.

causa entre pessoas ligadas afetiva, familiar ou comunitariamente, bem como as peculiaridades de cada pessoa, sua formação, condição social, posições pessoais e ideológicas, e todas as outras características que podem conduzir à percepção de viabilidade de uma *solução consensual auxiliada*.

5.6 Barreira ao demandismo irresponsável

Importante e delicado o tema sobre o abuso do direito de ação. A fronteira entre a má-fé na propositura de ações e o respeito a teses jurídicas razoáveis, embora distintas do entendimento predominante – quiçá aptas a provocar sua revisão da jurisprudência – deve ser traçada, para que não se feche a porta do Poder Judiciário, engessando a evolução jurisprudencial e negando, assim, o acesso à justiça.

No entanto, como dito anteriormente, existem sim abusos e excessos no exercício do direito de ação, que devem ser coibidos. Esta é a mais uma função dos filtros legítimos à propositura de demandas judiciais.

Não deve ser permitida, por exemplo, a propositura de ação contra parte manifestamente ilegítima, o que implicaria impor à pessoa evidentemente sem qualquer dever com a parte autora, o desgaste e restrições inerentes a uma demanda judicial.

Figurar como réu em uma ação de execução no Estado do Rio de Janeiro acarreta, devido a convenio entre o Tribunal de Justiça e cadastros restritivos, a inscrição de pessoas nos referidos cadastros e, portanto, sua *negativação*. Uma vez citada para responder a ação judicial, há despesas com contratos particulares – como se discutirá adiante – que não serão ressarcidas, sequer com as verbas sucumbenciais.

Nesse momento urge distinguir *má-fé processual* de *demandismo irresponsável*; há má-fé quando a pessoa objetiva utilizar o processo para fim ilícito ou pratica atos ciente de que o faz contra a lei ou falseando os fatos; há demandismo irresponsável quando a parte provoca o judiciário em situação em que isso não seria necessário, com base em fato que, mesmo para um leigo, é evidente haveria alternativas a ação judicial.

O conceito aproxima-se de *lide temerária*, porém com um enfoque mais pela conduta *omissiva* de que não tenta resolver a questão por outra via, do que pela

conduto *comissiva* de propor ação que sabe manifestamente inviável. Como exemplo de demandismo irresponsável aponta-se os frequentes casos de juizados especiais, em que pessoas impugnam judicialmente débitos com empresas sem nem procurá-las para receber esclarecimentos e, quando recebem a explicação de sua origem na audiência de conciliação, reconhecem a dívida.

Sem embargo, os filtros são mecanismos que inibem uma atuação *irresponsável* de quem queira deliberadamente e sem justo motivo, propor uma ação contra outrem.

Por outro lado, o fato é que o Poder Judiciário está assoberbado com o volume de trabalho que lhe é exigido. Aderindo aqui aos argumentos de Batista, que afirma:

“Diria que a crise é da modernidade e de seus sonhos, dentro da qual tem curso a chamada crise do Poder Judiciário. Minha opinião, porém é de que essa crise não decorre de um inadequado ou insuficiente desempenho funcional da jurisdição; A meu ver, o que está em crise é o sistema. Certamente não apenas o sistema processual. A crise do Poder Judiciário é reflexo de uma mais ampla e profunda crise institucional, que envolve a modernidade e seus paradigmas.[...] O Poder Judiciário funciona satisfatoriamente bem, em nosso país. Os problemas da Justiça são estruturais. Não funcionais. Ele atende rigorosamente bem o modelo que o concebeu”. (BATISTA, 2008)

Dessa forma, não apenas os requisitos jurídicos para uma prestação eficiente – direito do cidadão – devem ser considerados, mas também o modo de organização da justiça, para que, sem prejuízo do direito de ação e de acesso legítimo à justiça, a atuação do Poder Judiciário possa atender de forma satisfatória às pretensões validamente deduzidas, não sendo estas prejudicadas pelo prejuízo prático ocasionado por um volume desproporcional de demandas inviáveis.

Nunca é demais salientar que por mais adiantado que seja o nível tecnológico do Poder Público e, especialmente, do Poder Judiciário, a seleção de meios de acesso e propositura de ações jamais pode ser *excludente* das pessoas e profissionais que por falta de opção, não disponham ou não dominem as tecnologias do estado da arte. É essencial que em homenagem ao respeito humano que deve nortear todas as atividades e ao próprio acesso à justiça, sem prejuízo da incorporação de técnicas avançadas, haja uma permanente política pública de *inclusão*, favorecendo e facilitando o acesso à justiça.

5.7 Da sobrecarga do judiciário como ilegítimo fundamento exclusivo para filtros à propositura de demandas judiciais

Uma insatisfação sistêmica do cidadão brasileiro, em parte devida a uma ampliação da percepção do cidadão sobre seus direitos, havida especialmente a partir da Constituição de 1988 e notadamente em função do Código de Proteção de Defesa do Consumidor (GOUVEIA, 2009), associada a um desenvolvimento orientado por uma política econômica neoliberal, e aliada à inexistência de um contencioso administrativo ou atividade reguladora eficientes (MENEZES, 2008), entre outros fatores, geraram no Brasil uma *explosão* de demandas judiciais. A explosão de demandas judiciais é um fenômeno mundial.

O assunto relacionado com limitações ao direito de demandar tem sido – lamentavelmente – quase que exclusivamente discutido sob esse prisma e, por isso destacamos neste item um alerta: *não são legítimas as limitações ao direito de demandar que tenham como fundamento exclusivo a redução do número de processos judiciais.*

Não se pode aquiescer ao *mau hábito* do Poder Público brasileiro de *legislar em causa própria*, olvidando a função constitucional dos Poderes da República e os correspondentes direitos fundamentais. Não é constitucional nenhuma lei que objetive exclusivamente limitar o exercício do direito de ação, para *reduzir o trabalho* do Poder Judiciário.

O trabalho ora desenvolvido expõe visão *inversa*. Toda a análise é feita considerando que a *adequada preparação da demanda maximiza o direito de ação e o acesso à justiça*, tanto da parte como dos demais jurisdicionados. Aquele que prepara bem a sua demanda, antes de propô-la em juízo, reforça seu acesso à justiça na acepção ampla do termo, ou seja, aquela que compreende não apenas o ingresso em juízo, mas a tutela efetiva satisfativa plena (GRECO, 2005a).

Os filtros podem sim auxiliar a gestão do elevado volume de processo, visando a viabilizar seu processamento, aceitando demandas que seja *aptas* e conseqüentemente possam tramitar com eficiência, e estimulando que demandas ainda não bem preparadas o sejam, em seu próprio benefício. Vale registrar uma vez mais, que não se sustenta a validade de *filtros meramente defensivos* (à semelhança da *jurisprudência defensiva*), sem fundamento legítimo ou que neguem

o acesso à justiça da parte ou profissional que não disponha de meios para preparar a demanda adequadamente.

Muscari, em seu artigo com o expressivo título *Justiça no Brasil : barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos*, ressalta aspectos importantes da questão:

Propostas para agilizar a solução das controvérsias normalmente passam pelo aumento da *oferta* de serviço aos consumidores da justiça: recrutar mais servidores e juízes, investir pesadamente em tecnologia da informação etc. Raramente se vêem sugestões que busquem *reduzir a demanda* por serviços judiciários. [...] A menos que conjugemos esforços no sentido de ampliar a oferta, mas também de *reduzir a demanda*, dificilmente conseguiremos honrar a promessa constitucional da razoável duração do processo. (MASCARI, 2010, p.309) (grifo do autor)

Evidencia, pois, o autor, a necessidade de que o ordenamento atue também na fase pré-processual e não apenas na fase processual, em que é determinante a estrutura judicial.

A questão que se coloca não é – em nenhuma hipótese – criar obstáculos às pretensões legítimas, mas parece razoável que se há uma demanda elevada do serviço judiciário, haja também critérios constitucionais, legítimos e razoáveis para que se demande na justiça, além de ser justa a distribuição das atividades necessárias a existência do processo, entre todos os sujeitos – inclusive partes e advogados – logicamente na proporção da capacidade de cada um.

6 FILTROS LEGÍTIMOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

6.1 Justificativa da indicação dos filtros presentes na legislação brasileira

Cumpra, desde logo, identificar os *filtros* como requisitos específicos para admissão da demanda, que se inserem entre os pressupostos para formação válida e o desenvolvimento da relação processual (GRECO, 2009, p. 325).

São os filtros pressupostos processuais, pois sem que se verifiquem a demanda não pode ser admitida, portanto, não se desenvolve; sem eles, a pretensão não se manifesta ação judicial, por não ser aceita pelo Poder Judiciário. Caso seja equivocadamente aceita, se não regularizado, o processo será extinto, por não poder prosseguir sem a verificação de tais pressupostos.

Os filtros foram relacionados exemplificativamente, a partir da identificação de exigências legais que, de alguma forma, se colocam como pressupostos que devam ser atendidos para que a demanda seja admitida.

Considera-se, pois, que diversas pretensões, embora existam e seus titulares tenham interesse em vê-las examinadas em juízo, não logram se apresentar sob a forma de ação judicial ou não são admitidas, por lhes faltar algum destes elementos que ora são examinados.

A adequada preparação da demanda abrange a superação destes filtros, mas não se limita a isto. Trata-se nesta oportunidade de demonstrar como a existência dos filtros influencia positiva e negativamente a preparação da demanda que, repita-se, é vista como um ônus do interessado que pretende propor uma ação judicial.

Denota-se a importância da indicação e exame de alguns filtros existentes na legislação brasileira, ante a análise histórica da evolução processual pátria, em que se verifica que institutos inovadores são, normalmente, inseridos na legislação em procedimentos especiais e, diante de seu sucesso, culminam por ser disseminados no procedimento comum. Entre muitos, o melhor exemplo é a antecipação dos efeitos da tutela, alçada de norma peculiar a procedimentos possessórios, mandamentais etc, para o centro dos estudos processuais, com sua generalização no procedimento comum.

Assim, buscamos apontar alguns exemplos quase *rotineiros* de procedimentos preparatórios, aceitos pacificamente pela doutrina e pela

jurisprudência, tanto por sua legitimidade, quanto por sua eficiência, que demonstram suficientemente a utilidade da articulação prévia da demanda.

Lembramos, ainda, o exame feito no início deste ensaio quanto aos protocolos pré-processuais ingleses. Naquele país também se fizeram, primeiro, protocolos específicos para relações materiais e processuais pontuais e, ante o inegável êxito, ampliaram a orientação para todas as relações jurídicas em conflito, com potencial para serem judicializadas.

6.2 As despesas processuais

6.2.1 A remuneração dos serviços judiciários

Já vaticinava Capelletti (1998), que a demanda em juízo é muito dispendiosa em todas as sociedades modernas. O elevado custo da *máquina judiciária*, com manutenção de prédios, sistemas, pessoal técnico e magistrados, gera elevada despesa para o Poder Público, custo esse que é, ao menos em parte, repassado diretamente para o jurisdicionado que postula em juízo, através das despesas judiciais, em sentido amplo.

A Constituição da República de 1988 assegurou ao Poder Judiciário sua autonomia administrativa e financeira, cumprindo-lhe gerir seus interesses institucionais, exercendo por si a administração pública da justiça, objetivando garantir o bom desempenho de sua função constitucional precípua : a prestação da jurisdição (SILVA, A.).

Em que pesem entendimentos que sustentam que as custas judiciais não constituem espécie de tributo, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento que tanto as custas processuais propriamente ditas, quanto à taxa judiciária , têm natureza jurídica tributária de *taxa*, i.e., contraprestação por serviço público típico e regular.

As custas são devidas pela prestação do serviço dos servidores da justiça, adimplidas para cada serviço discriminado, enquanto a taxa judiciária, em tese, corresponde àqueles serviços não individualizáveis, inclusive a própria atuação do magistrado. Há ainda os emolumentos pelos serviços notariais e de registro, estes prestados por delegação ao setor privado, na forma do artigo 236 da Constituição da República, este regulamento pela Lei Nacional nº 8.935/94 e leis estaduais.

As despesas processuais podem ser classificadas como *filtros* à propositura da demanda, visto que em nosso sistema são antecipadas e, se não o forem, a demanda não é admitida, sendo o processo extinto sem o julgamento do mérito. Embora o Código de Processo Civil mencione que *será cancelada a distribuição*, a prática forense demonstra que, em geral, a ação é considerada distribuída, recebendo processo sentença de extinção sem resolução do mérito.

Observe-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁹:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. CABIMENTO.

1. "O pronunciamento judicial que, devido à ausência de pagamento das custas judiciais, determina o cancelamento da distribuição do processo, implicando na sua extinção, tem caráter terminativo. Assim sendo, desafia tal pronunciamento a apelação, conforme artigo 513, do CPC" (AgRg no Ag 570.850/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 27.9.2004).

2. Agravo regimental desprovido.

Interessante o entendimento pela inconstitucionalidade da exigência do pagamento das despesas processuais, como requisito para a prestação jurisdicional, que seria um dever político do Estado Democrático de Direito, que não poderia negá-lo por razões pecuniárias. Poderia o Poder Público, por este entendimento, após prestada a jurisdição e não adimplida sua contraprestação, inscrever o devedor na dívida ativa e cobrar-lhe na forma da lei, mas não negar-lhe o acesso à justiça (GRECO, 2005a).

Contudo, *de lege lata*, as custas processuais e a taxa judiciária – contraprestação pelo serviço judiciário – obrigam o autor a avaliar com mais cautela a viabilidade de sua pretensão, pois lhe é evidenciado que a propositura de ação implicará em gasto do Poder Público para movimentação da *máquina judiciária*, despesa essa que terá que ser custeada por quem a provocar sem razão (cabe aqui ressalva às normas especiais dos juizados especiais e de gratuidade justiça, posteriormente examinadas).

Adota-se neste estudo de que as despesas processuais somente poderiam ser exigidas legitimamente, sob pena de extinção do processo, quando inequívoca e incontroversamente a parte dispõe de recursos para adimpli-la. Impugnando a parte

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Órgão Julgador: Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1080669 / RJ. Relatora Ministra Denise Arruda. Data do Julgamento: 17/12/2009. Publicado no Diário Oficial da União em 02/02/2010.

a gratuidade de justiça, o processo deveria prosseguir, sem possibilidade de estagnação pelo incidente e, ao final, se restasse comprovado que a parte tinha inicialmente condições de arcar com as custas do processo, seria inscrita na dívida ativa, respondendo pelas custas e encargos legais, a contar da distribuição da demanda.

6.2.2 A gratuidade legítima de justiça

Tratando da Primeira Onda Renovatória do Processo, Capelletti (1998) destacou que com o despertar sobre o efetivo acesso à justiça, o primeiro movimento significativo deu-se com a disseminação da assistência judiciária.

A preocupação, notadamente dos países ocidentais, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres, afigurava-se tanto necessária, ante a crescente complexidade das leis, quanto coerente com o robustecimento da tutela do ordenamento a pessoas com menos condições econômicas, por muito tempo deixadas à margem da sociedade e do sistema de direitos.

No Brasil, os estados federais apenas orientavam-se à criação de assistência judiciária a partir da Lei nº 1.060/50, ainda em vigor. A lenta e progressiva evolução do Estado Liberal para o Estado Social, iniciada com a Constituição de 1934 – que alçou ao patamar constitucional o direito à assistência judiciária gratuita – teve continuidade nas Cartas Políticas que se seguiram, mantendo a Constituição de 1967, a Emenda Constitucional de 1969 e, finalmente, a atual Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LXXIV (CARNEIRO. P., 2007).

O direito à assistência jurídica gratuita seria, ainda que no fosse expressamente, garantia constitucional pela própria interpretação da cláusula geral de acesso à justiça, visto que permitir o acesso ao Poder Judiciário, passa necessariamente por prover os meios necessários e afastar eventuais obstáculos.

Com efeito, salutar o amplo acesso à justiça, viabilizado pela isenção do pagamento de despesas processuais, quando efetivamente deferido àquelas pessoas que não o possam fazer, sem que com isso fiquem privadas do *mínimo existencial* (TORRES, 2009).

Note-se que, portanto, a liberação do dever jurídico custear o processo é um direito que somente é legítimo para aqueles que reúnam os requisitos para sua

fruição, quais sejam, *precisar propor uma ação e não poder suportar as respectivas despesas*.

A ilação é de que o direito à gratuidade de justiça é uma resultante de duas variáveis – e não apenas uma, a hipossuficiência econômica – é fundamental, tanto para ratificar a legitimidade de quem de fato faz jus ao benefício – como direito fundamental que é – como para delimitar a legitimidade da fruição desse direito, vislumbrando-se *limite* a partir do qual seu exercício implicará flagrante *abuso de direito*.

A percepção sobre a devida extensão do direito à gratuidade de justiça, tutela tanto quem tem legitimamente o direito, quanto àqueles que devem suportar os encargos das despesas processuais, no lugar dos que não têm condições de fazê-lo.

Afigura-se inerente a uma ordem jurídica solidária que o Estado e, não raro, os próprios cidadãos com melhores condições econômicas, suportem despesas sociais de pessoas com menos recursos, concretizando uma isonomia material que visa a distribuir as vantagens existentes entre todas as pessoas, garantindo a dignidade individual, a qualidade de meta social.

Ocorre que o abuso do direito de gratuidade de justiça torna seu exercício ilegítimo, retirando a virtude de seu conceito, onerando excessivamente as demais pessoas e entes, gerando uma percepção social *negativa* sobre o próprio instituto.

Muitas interpretações foram e são feitas acerca da pertinência da concessão do benefício, prevalecendo o entendimento correto de que a hipossuficiência não atinge somente as pessoas adstritas à chamada *linha de pobreza*, assim considerados aqueles cuja renda não permite o acesso completo aos bens mínimos para assegurar uma vida digna.

A evolução e ampliação do instituto autorizam que mesmo pessoas que tenham renda suficiente para saciar suas necessidades básicas, sejam agraciadas pelo benefício, sempre que o pagamento das despesas processuais impuser encargo demasiado ou restrições em suas atividades regulares.

Não há critérios legais para a concessão da gratuidade de justiça, adotando comumente a Justiça Federal o critério de isenção de imposto de renda. Nas Justiças Estaduais, onde as despesas processuais são normalmente mais elevadas, há o exame *caso a caso*, considerando a renda média familiar, o valor e a relevância da pretensão, o montante das custas, entre outros critérios. Adota-se, inclusive, a

alternativa de deferimento de pagamento das despesas *ao final do processo*, especialmente em causas em que isso se mostra possível em razão da própria pretensão.

Todavia, com o passar do tempo e com a ausência de dispositivos fidedignos de aferição da hipossuficiência econômica, o benefício passou a ser requerido indistintamente por pessoas que efetivamente fazem jus e por outras que apenas pretendem se furtar ao pagamento do imposto. Tal questão, diuturnamente enfrentada nos tribunais, deve ser tratada com mesma seriedade dos demais filtros, inclusive com recrudescimento das sanções àqueles que indevidamente tentam burlar esse filtro e são detectados.

Muscari faz alerta importante:

Ninguém, em sã consciência, defenderia o afastamento de cidadãos carentes da máquina judiciária, reservada apenas aos que podem pagar. Repito a observação com que iniciei este ensaio: “assistência judiciária gratuita não é favor: é direito de todo aquele que, sem condições de arcar com os custos de uma demanda, reclama do Estado a tutela jurisdicional”. Porém, aqueles que não se enquadram como hipossuficientes devem arcar com *todos* os custos de movimentar o judiciário. Somente assim começaremos a alterar o triste e preocupante quadro delineado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, no discurso de posse na Presidência do STJ: “a Justiça brasileira é extremamente barata para os litigantes de má-fé e caríssima em relação aos bons cidadãos”.(MASCARI, 2010, p.309) (grifo do autor)

Por isso, a clara demarcação do *bom exercício do direito ao benefício de gratuidade de justiça* reforça a sua utilidade, o seu reconhecimento como uma valor social e sua credibilidade face àqueles que dispõem de seus recursos para mantê-lo, haja vista que confiam que não seja desvirtuado.

6.2.3 A isenção de despesas processuais e o clientelismo judicial

Grave problema do sistema vigente, que precisa ser enfrentado, consiste no fato de que a isenção de custas, quer nas hipóteses de competência dos juizados especiais, quer nos casos de gratuidade de justiça, tem funcionado como um *estímulo* à propositura de ações judiciais *em lugar de se buscar soluções extrajudiciais*.

Não se pode confundir a desejada amplitude do acesso à justiça, que consiste em viabilizar com tranquilidade a análise pelo Poder Judiciário de *casos que efetivamente necessitem de intervenção judicial*, com transformar o Poder Judiciário em um *mero intermediário* de quem pode, mas não quer diligenciar para contatar a

pessoa física ou jurídica que não se recusará a atender sua pretensão, previamente à propositura de uma ação judicial.

Se há – e realmente há *muitos* – casos em que empresas, especialmente concessionárias de serviços públicos, negam atendimento ao consumidor, há igualmente inúmeros casos em que a pretensão do consumidor poderia ser atendida pelo simples contato com a empresa.

Outros casos há em que a ausência de orientação sobre como deve ser o comportamento pré-processual das partes efetivamente implica que questões singelas – como problemas de vizinhança – sejam trazidos à análise do Poder Judiciário, antes mesmo de serem enfrentados em sedes legítimas, como assembléias de moradores.

O fato é que em certas situações, embora *não* exista um obstáculo impeditivo ou indevido, mostra-se *mais fácil* propor uma demanda sem nenhum preparo do que tomar as providências cabíveis na espécie.

Exemplo que se coloca consiste no fato de que entre as muitas e legítimas ações para entrega de medicamentos, apurou-se que alguns poderiam ser obtidos nos órgãos oficiais municipais e estaduais, em que tempo hábil ao tratamento, contudo, *preferiram* as partes propor ação, *para retirá-los no fórum*. Há casos, ainda, que sem desconsiderar o elevado número de recusas indevidas de planos de saúde, em casos concretos, a parte informa na própria inicial que *sequer solicitou o tratamento ao plano, pois acreditava que iria negá-lo*. Contra a fazenda pública a situação é comum, especialmente no tocante a benefícios previdenciários, que sequer são requeridos na via administrativa.

Os casos concretos mencionados demonstram cabalmente que o clientelismo judicial pode chegar a um patamar, que se aproxima bastante da ausência de interesse processual – interesse necessidade. Todavia, a prática judicial não tem observado esses detalhes, até porque passam por vezes despercebidos meio tantos efetivamente legítimos.

Outro cuidado que é necessário verifica-se nos casos em que a isenção de despesas opera-se *ex lege*, exclusivamente com base em critérios objetivos, sendo exemplo primordial a fazenda pública.

É notório que o próprio Poder Público é o maior litigante judicial, sendo o principal responsável pelo abarrotamento do Poder Judiciário e conseqüente queda da qualidade do serviço e de sua eficiência.

Evidente que por sua magnitude e provável insatisfação eventual de particulares, o Estado pode ser um grande litigante, entretanto, no Brasil, a inexistência de contencioso administrativo *forte e independente* – que seja isento o suficiente para decidir contra o Poder Público e dotado de poder jurídico para efetivar suas decisões – bem como o reiterado descumprimento do ordenamento jurídico pelo próprio Estado, formam um *arcabouço estatal de lesão aos direitos dos cidadãos*, que somado a vedação à aplicação de tratamento coletivo de demandas em matérias de interesses individuais homogêneos típicos – tributos, previdência, remuneração de servidores – alça o Poder Público à condição de maior litigante e principal responsável pela disseminação de milhões de demandas individuais que poderiam ser evitadas.

A conduta recalcitrante do Estado em cumprir o ordenamento jurídico é evidentemente fortalecida pelas normas especiais que o favorecem, tanto em matéria de despesas processuais reduzidas – isenção de custas no ingresso em juízo e limitação da condenação em honorários, quando sucumbente, como principalmente pelas condições especiais – e absurdas – para cumprimento das decisões judiciais: o regime de precatórios.

Não é objeto da presente o sistema de precatórios, mas insta, contudo, realçar a importância de incidirem os filtros a demandas inviáveis também contra a Fazenda Pública.

6.2.4 A isenção de despesas processuais no juizado especial

O artigo 54 da Lei nº 9.099/95, que regula o procedimento dos juizados especiais, expressamente – e propositalmente – exclui o filtro referente às despesas processuais de primeira instância dos juizados especiais. Apenas nas hipóteses de sucumbência recursal da parte que recorreu, a ausência à audiência e embargos à execução, é que a parte terá que arcar com as despesas do processo.

Adotou-se, pois, uma estratégia legislativa que combina a ampliação do acesso à justiça, pela retirada de um obstáculo à propositura de demandas, com a utilização deste como uma sanção para quem retarda deliberadamente a tutela efetiva quando já reconhecida, age com desinteresse processual ou maneja inutilmente a via recursal.

A imposição de custas pela ausência do autor à audiência de conciliação adéqua-se também à idéia de estabelecer uma fase de conciliação obrigatória – em que a presença das partes é imprescindível – em sentido diverso da reforma introduzida pela Lei nº 10.444/2002, que renomeou a primeira audiência no procedimento ordinário e acabou com a *audiência de conciliação* obrigatória, instituindo a audiência *preliminar*, que é facultativa. A medida insere-se em movimento que restringe a oralidade do processo e diminui o contato pessoal das partes no processo, vindo ao encontro da prática pátria que caminha para o processo *escrito*, em detrimento do processo *oral*.

Sobre o tema, o Projeto de Código de Processo Civil reprimatiza a técnica anterior, estabelecendo, como regra, a fase conciliatória, sem, contudo, apenar tão severamente a parte que não comparece, como faz a Lei dos Juizados Especiais, que sanciona com revelia o réu ausente e com as custas do processo o autor faltante. O projeto também autoriza que, excepcionalmente, a audiência não seja marcada.

Já o pagamento de custas na hipótese de sucumbência do recorrente, serve de desestímulo a recursos procrastinatórios e atua como *filtro recursal*, que obriga à parte a sopesar os riscos do requerimento de revisão da decisão. As despesas devidas no caso de ilegítima resistência à execução visam a coibir, da mesma forma, a injustificada protelação da efetivação da decisão, com a entrega ao vencedor do bem da vida pretendido.

Todavia, a técnica adotada na Lei nº 9.099/95, embora tenha logrado êxito em corrigir uma falha sistêmica que gerava uma litigiosidade reprimida, pela falta de mecanismos hábeis a viabilizar o exame que questões mais simples pelo Poder Judiciário, com eficiência, também se tornou um terreno fértil para abuso do direito de ação.

Os excessos ocorrem especialmente no que tange as *aventuras jurídicas*, pois mesmo quando reconhecido evidente abuso do direito de demandar, não tem prevalecido na jurisprudência a aplicação das penas de litigância de má-fé – que nos juizados compreendem o pagamento das custas processuais – sob o fundamento de *lide temerária*, entendimento que merece ser revisto, logicamente, dependendo também de uma manifestação clara da jurisprudência sobre certos temas.

Reitera-se aqui a distinção feita anteriormente sobre *má-fé processual* e *demandismo irresponsável*. Nos juizados, o *demandismo* é ainda mais freqüente,

posto que o valor da alçada permite que a parte litigue sem advogado, o que transfere para a própria parte e seu bom senso (nem sempre tão afinado) o critério de apurar se o caso é ou não para ser levado à justiça, já que sabe que, mesmo que esteja enganada, *não terá despesas*.

6.2.5 Honorários advocatícios contratuais: o difícil ressarcimento

O Código de Processo estabeleceu disciplina diversa do Código de 1939 – que somente previa ressarcimento de honorários advocatícios do vencido, quando este houvesse se comportado de modo temerário ou praticado abuso de direito – instituindo um sistema de *responsabilidade objetiva* (SILVA. O., 2002. p. 129). Os ônus da sucumbência pelo atual Código são invariavelmente devidas ao vencedor, que tem o direito de receber do vencido os honorários de advogado e demais despesas com o processo.

Como ensina Silva O. (2002. p. 130), melhor que seria que o sistema de distribuição do ônus de sucumbência observasse também o *princípio da causalidade*, haja vista que deve arcar com as despesas do processo, aquele que lhe deu causa. Embora, em regra, considere-se que o vencido deu causa ao processo, nosso sistema admite equívocos, como quando a causa de extinção do processo é superveniente à deflagração, hipótese em que em ação inicialmente pertinente, finda extinta, não sendo legítima atribuição de responsabilidade ao sucumbente.

Ocorre que a questão das despesas processuais ganha complexidade quando se percebe que a advocacia militante na prática forense, chancelada pela lei da classe e pela jurisprudência, incorporou a cobrança, prévia e independente da condenação de sucumbência prevista no Código, dos *honorários contratuais*.

Os honorários contratuais somam-se aos honorários sucumbenciais, não sendo por estes compensados. É cediço que o advogado recebe os honorários contratuais, em regra, antecipados e, em vez dos ônus de sucumbência serem pagos à parte, ressarcindo-a dos honorários, aqueles são também percebidos pelo patrono, que recebe duas vezes pelo mesmo serviço.

Não se trata de mensurar ou restringir o valor do trabalho de advocacia, tampouco se poderia cogitar de padronizar ganhos em uma atividade tipicamente liberal, a questão que se coloca consiste na incongruência de que, pagos pelo

vencido os ônus de sucumbência, restará ao vencido suportar, sem compensação, os honorários contratuais de seu advogado (GRECO, 2005b).

As despesas de quem deu causa ao processo – resistindo à pretensão legítima da parte vencedor – e restou vencido, não merecem mesmo qualquer ressarcimento, contudo, fere o sentimento de justiça do jurisdicionado leigo, que mesmo tendo razão em sua pretensão ou defesa, e findando vitorioso no processo, não haja ressarcimento de suas despesas contratuais com seu advogado.

Observe-se que quando há recebimento de indenização, embora a parte tenha sensação de perda de porção que lhe era devida, ainda recebe a maior parte; todavia, sendo a parte ré em ação cujo pedido foi julgado improcedente, evidente que terá dificuldade em aceitar que, mesmo tendo sido injustamente processada, não serão repetidos os gastos que teve com honorários contratuais.

Esta situação acaba funcionando como um *filtro ilegítimo*, pois quem tenha um direito violado, sabe de antemão que, mesmo que obtenha a vitória no processo, não será ressarcido inteiramente pelas despesas com advogado. Interessante que a lei da OAB e o próprio Código de Ética expressamente *proíbem* que um advogado trabalhe exclusivamente pelos ônus de sucumbência – ressalvado para a parte hipossuficiente econômica – ou seja, vedam o que seria o mais razoável.

Não se confunde *não cobrar honorários contratuais*, com o chamado *contrato ad êxito*, pelo qual o advogado recebe apenas no final e se a parte vencer a causa. Também nesses casos, mesmo que bem fixada a reparação na sentença, esta será apenas *parcial*, visto que parte da indenização irá para o advogado.

Há casos em que, seja pelo prejuízo à parte, seja pela desproporção do valor dos honorários, a jurisprudência ou lei os limita, como acontece na desapropriação, contra a fazenda pública, quando o percentual sobre o valor da condenação é excessivo, em ações coletivas, entre outros.

Nesse passo, ganha especial relevância a questão atinente à eficiência dos filtros, impedido a instauração de demanda manifestamente inviável, posto que poupa a parte que tem razão do dispêndio quase inevitável de honorários contratuais, que jamais serão restituídos.

6.3 Patrocínio obrigatório

6.3.1 A norma constitucional

Dispõe a Constituição da República em seu artigo 133, que o advogado é *indispensável à administração da justiça*, deste termo derivando entendimento encampado pela Lei nº 8.906/94, de que é obrigatória a representação processual por advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, em todos os processos judiciais.

A capacidade postulatória consiste na imposição legal de que, para a prática de atos válidos de representação das partes em processo judicial, seja a parte assistida por um advogado legalmente habilitado em investido no mandato judicial (GRECO, 2009, p. 339).

Funciona a obrigatoriedade de patrocínio como filtro que impede a propositura de ações sem chance de êxito, nos termos do art. 31, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, e do art. 17 do Código de Processo Civil, pois o profissional conhece o direito e tem como mensurar as reais possibilidades de êxito de uma pretensão.

Por outro lado, a obrigatoriedade de que a defesa do réu seja feita através de advogado, assegura a amplitude de defesa e o exercício pleno das garantias processuais.

Note-se que para que este filtro surta o efeito necessário, compõe-se com a responsabilidade profissional do advogado, que tem o dever, não apenas de alertar o cliente quanto à eventual inviabilidade de uma pretensão, como mesmo se negar a representá-lo, em ação fadada ao insucesso.

Tem-se, outrossim, que o patrocínio obrigatório faz com que a parte tenha que buscar assistência jurídica qualificada, antes de ingressar em juízo, o que pode muitas vezes – e deve – fazer com que sejam apresentadas pelo advogado, alternativas à propositura da demanda.

O advogado deve conhecer a necessidade de preparação adequada da demanda e orientar a parte a praticar todos os atos anteriores, a fim de que a demanda, uma vez proposta, não enfrente os percalços da precipitação e siga sem entraves desnecessários até o seu final.

Não deve o advogado estar focado em *propor a demanda*, mas em *orientar a parte sobre como resolver o conflito*, o que pode até culminar com a propositura de uma ação judicial.

Rodrigues, analisando a advocacia como serviço público e examinando sua função social, aborda o assunto sob prisma interessante.

[...] a crise ética da categoria, que gera a prática profissional dissociada das vinculações instrumentais do direito e, em particular, do direito processual, bem como dos escopos sociais e políticos da jurisdição. [...]

Por entender ser o acompanhamento técnico do processo uma garantia fundamental para as partes, trouxe a Constituição de 1988, de um lado, a indisponibilidade do advogado à administração da justiça, dentro dos limites fixados em lei, e de outro, outorgou-lhe a garantia da inviolabilidade no exercício da profissão.

A indispensabilidade e a inviolabilidade do advogado, constantes do art. 133 da CF, devem, entretanto, ser lidas em benefício da sociedade e não dos profissionais integrantes da carreira, pois apenas existem como garantias para o serviço público que prestam e a função social que desempenham. (RODRIGUES, 2006, p.72)

E encerra, com brilhantismo:

Advogar não pode ser e não é uma atividade neutra, descomprometida e desinteressada. Ela surge sempre na intermediação de conflitos. A mera atividade técnica, desapaixonada, é insuficiente para a defesa dos interesses em jogo.

Advocacia é militância; é também um instrumento de construção e efetivação da cidadania. Exige, portanto, paixão e cumplicidade axiológica e ideológica com os interesses a serem defendidos, e também a consciência do comprometimento social que se impõe ao exercício dessa profissão no mundo contemporâneo. (RODRIGUES, 2006, p.72)

6.3.2 A experiência dos juizados especiais

A obrigatoriedade de patrocínio por advogado foi mitigada pela Lei nº 9.099/95, que autorizou a postulação em causa própria mesmo por pessoas não inscritas nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, fixando, para tanto, o valor de alçada de vinte salários mínimos nacionais, havendo disposição semelhante em matéria trabalhista.

Com efeito, nos juizados não funciona, neste limite de alçada, o filtro técnico do exame prévio da pretensão por advogado, assim como inevitavelmente a demanda será apresentada em juízo, sem que a fase pré-processual tenha sido conduzida por profissional habilitado.

Apesar de que, em tese, o limite da alçada justamente se destinar a evitar o exame de causas complexas sem a representação profissional, o fato é que seria de grande importância que a legislação oferecesse aos cidadãos orientação sobre como se conduzir na fase de preparação de demandas que serão apresentadas sem advogado, visto que ante a carência de normas, ou as demandas deixam de ter o deslinde correto, quase sempre em detrimento do direito do jurisdicionado leigo, ou boa parte dos assuntos termina sendo regulada pelos tribunais, que extrapolam sua função precípua, ante a ausência de regulação.

Os Tribunais comumente expedem regulamentos para as secretarias dos juizados – onde são apresentados os pedidos diretamente pelas partes aos servidores, para redação das iniciais – orientando sobre quais documentos devem ser solicitados e que informações serão úteis no curso do ação, sendo certo que melhor seria que houvesse uma norma clara e geral sobre a matéria.

Ademais, o exame da dispensa do patrocínio por advogado nos juizados especiais, sob o prisma dos filtros à propositura de ações judiciais, ganha também contornos similares à questão atinente à dispensa de despesas processuais nessa competência, já vista anteriormente, posto que a desnecessidade de obter prévia informação jurídica sobre o litígio abre espaço para demandas inúteis ou inviáveis.

Observa-se que o procedimento dos juizados, embora se destine precipuamente a ampliar o acesso à justiça, por optar pela simplificação das normas processuais, inexoravelmente reduz o caráter garantístico que deve marcar qualquer processo judicial. A dispensa de representação processual qualificada, p. ex., pode ocasionar para a parte uma *atuação insuficiente no processo* e culminar com o perecimento de um *bom direito*.

Sobre o tema da sumarização da justiça e desprezo pela cognição exauriente em procedimento pleno de garantias, analisando seus riscos e consequências, fundamental a exposição de Tavares (2010):

A concepção de que há situações em que o procedimento ordinário – formal, solene e hipoteticamente mais lento – não atenderia às peculiaridades da controvérsia colocada em discussão, representa, em verdade, esconderijo utilizado pelos muitas vezes real devedor: o Estado, descumpridor reiterado de direitos e garantias.[...]

Pondere-se, entretanto, que ainda não se chegou à compreensão quanto à correta concepção de que a efetividade do processo não está ligada à satisfação rápida do direito material. Processo só é efetivo e legítimo se desenvolvido em respeito a todos os seus princípios institutivos. A questão temporal relativa à necessidade de urgência não é do processo, direito-garantia, mas do direito invocado e tutelado pela lei.[...]

Segundo Teori Albino Zavascki, o objetivo da sumarização da cognição é a priorização da efetividade em oposição à segurança, de modo a privilegiar o direito constitucional da duração razoável do processo em detrimento do direito à ampla defesa e ao contraditório. Por não constituírem direitos absolutos, diante de um choque de princípios, cabe ao magistrado, através de um juízo de valor ponderar bens e valores, de modo que prevaleça o mais relevante.[...]

O interessante é observar que grande parte das inovações legislativas vem em socorro da morosidade da resposta esperada dos órgãos jurisdicionais, mas acabaram por não acarretar a aceleração dessa resposta. [...]

A atividade cognitiva consiste em uma tarefa de esclarecimento por meio do discurso de todos os sujeitos do processo, de modo que o provimento seja objeto de construção participada, em respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, acesso ao direito, fundamentação das decisões e direito ao advogado. (Tavares, 2010, p. 87/89)

6.3.3 A conduta e a ética pré-processual do advogado

A ética é um valor imprescindível que deve permear todas as atividades humanas, especialmente as profissionais. A nobre função de representação processual de outrem em juízo deve ser desempenhada com elevada atenção aos princípios éticos que norteiam essa função.

A ética do advogado esparge-se em diversas direções: na relação com o cliente, no trato com a parte adversa e o advogado que a representa, bem como com magistrados servidores da justiça, e toda a sociedade.

Importa, nessa etapa, especialmente a atitude ética na preparação da demanda, mais precisamente a orientação adequada ao cliente no contato com a parte adversa e seu patrono.

Impõe-se destacar que há crescente preocupação com qualidade moral da conduta dos advogados e suas consequências, tanto para o processo, prejudicando seu andamento, quanto para aqueles advogados que não procedem de forma lúdima, que devem ser sancionados.

Sobre tema, imprescindíveis as palavras de Taruffo:

A idéia tradicional de que não há moralidade processual e que qualquer conduta processual é boa, desde que apenas se respeite sua forma legal, não é mais confiável. Os padrões de moralidade processual, justiça, lealdade, boa-fé, devido processo, correção etc. tornam-se mais e mais penetrantes e relevantes mesmo em países onde eles não tinham real significância até recentemente. (TARUFFO, 2009, p.181)

Nos sistemas adversariais, notadamente inglês e americanos, a conduta pré-processual dos advogados e sua relação na fase pré-processual consistem em pilar do próprio processo. O natural é que o advogado de uma pessoa que queira deduzir uma pretensão em juízo contra outra, contate previamente a outra, que por sua vez, far-se-á representar também por advogados, que juntos tratarão do conflito, antes do ingresso em juízo.

Destaca Paula Júnior (2008), que a maior parte dos processos estadunidenses não chega a esse segundo estágio, principalmente devido à celebração de acordos entre as partes. O fomento a acordos, embora seja, em tese, uma finalidade secundária da fase preliminar, em verdade, configura seu objetivo principal.

A *discovery* é o procedimento pelo qual as partes e advogados, adquirem e preservam informações e provas relacionadas com a matéria litigiosa, que irão instruir o julgamento final. Consiste a *Discovery* na verdadeira e principal fase *instrutória*, em que os advogados de ambas as partes voltam-se para obtenção privada de provas, que servirão como base para um eventual processo, contudo sempre respeitando os limites éticos e legais desta atividade.

Com a completa revelação dos fatos para ambas as partes, o processo deixa de ser uma espécie de jogo – em que vence o que joga melhor – e se torna mais uma atividade de lidar com fatos reais.

O resultado da *discovery* beneficia o sistema judicial, pois torna o processo mais justo e os resultados mais corretos. Por isso, há poucas restrições às partes nessa etapa instrutória privada, sendo extenso o contato entre partes e advogados.

A *discovery* poupa tempo e custo do processo. As partes são obrigadas pelas regras a preparar adequadamente a causa, pois do contrário não podem levá-la a julgamento. Uma parte pode solicitar a outra qualquer espécie de informação que seja útil, desde que não expressamente protegida por alguma forma de sigilo ou imunidade.

O instituto é fundamental para o processo norte-americano, pois assegura o contraditório pleno e a ampla defesa, posto que evita a surpresa do adversário, permitindo-lhe colher *contraprovas* e estruturar argumentos para enfrentar as provas que serão apresentadas pela parte adversa.

Há na Inglaterra procedimento similar, mas menos amplo, denominado *disclosure*, tendo como finalidades precípuas assegurar a igualdade no acesso à informação, facilitar a solução de litígios, evitar prejuízo à defesa das partes por eventual surpresa e auxiliar o julgamento do mérito pelo órgão jurisdicional (ANDREWS, 2008 p.96).

Andrews (2003, p.595) alerta, contudo, que as normas da *disclosure* (assim como a *Discovery*) não devem ser utilizadas para causar inconvenientes ou invadir deliberadamente a privacidade da outra parte, devendo os advogados agir com ética.

Interessante observar que tanto o direito estadunidense quanto o inglês, prevêm um *contraditório pré-processual*, em que uma parte tem o direito de conhecer os argumentos e provas da outra parte, antes mesmo da deflagração da ação. Há um *direito* de se manifestar para a outra parte e dela obter resposta.

Saliente-se que a *discovery* e a *disclosure* também autorizam a obtenção de informações de terceiros.

Assim, o princípio da lealdade entre as partes, consectário da boa-fé, informa a atividade pré-processual, permitindo o estabelecimento de uma relação de índole processual extrajudicial ou pré-judicial.

A *discovery* atualmente é vital no processo civil norte-americano. O ponto central do processo passou do julgamento e da *cross-examination* para a *discovery*. Não há vitória que não esteja intimamente conectada com o desenvolvimento da descoberta dos fatos na fase preliminar.

Destacada doutrinadora americana, Kane (2003), ressalta que, por ocupar essa posição central no processo, a *discovery* é importantíssima na definição do destino de muitos deles. Inclusive, é nesta etapa que muitos terminam. As informações colhidas neste momento possuem um valor grandioso quando se pensa na possibilidade de um acordo entre as partes.

Não obstante ser de extrema utilidade que haja uma estrutura normativa neste sentido, mesmo à falta desta todas essas funções já existem na fase pré-processual em nosso sistema e não devem ser desprezadas.

Os advogados e partes devem diligenciar para melhor instruir o pedido que será apresentado em juízo e o caminho para isso consiste exatamente em conhecer melhor os fatos, através de uma pesquisa que passa inevitavelmente por um contato anterior ao processo, com a parte adversária.

Imprescindível a perfeita elaboração do pedido, posto que em razão do princípio da demanda, irá delimitar a própria atuação jurisdicional, como anota Arenhart:

Expressa a doutrina o princípio da demanda por meio da idéia de que o pedido formulado pela parte determina os limites da atuação jurisdicional, importado na razão da atuação do Estado e também na fixação do objeto a ser decidido. [...]
De fato, o princípio da demanda (*verhandlungsmaxime*) associa-se sobretudo ao objeto do processo, indicando o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e determinando sobre o que deverá ela incidir (*NE procedat iudex ex officio et sine actore*). Inclui –se aqui o poder entregue à parte de dar início ao processo – poder esse quase exclusivo, já que em regra não se admite que o juiz possa atuar de ofício, sem haver requerimento de alguém –, bem como o de determinar a extensão do julgamento do juiz – o chamado princípio da congruência ou correlação, que impõe uma necessária correspondência entre o solicitado e o decidido (*ne eat ultra et extra petita partium*). (RODRIGUES, 2006, p.72) (grifo do autor)

Registre-se que a defesa de um contato prévio das partes e advogados, em nada retira a índole publicista de nosso sistema, posto que uma vez deflagrada a ação, o impulso será oficial e incidirão todos os princípios inerentes ao processo, como instituto de direito público que é.

O que se propõe é uma valorização da conduta e da participação ativa das partes, que não devem se portar no processo como clientes, mas sim como cidadãos que se relacionam em sociedade e buscam os seus direitos, tendo o processo e o Poder Judiciário como um meio de solução de conflitos, mas não necessariamente um *poço de desejos*, em que o interessado limita-se a dizer o que quer e aguarda pacientemente providências, sobre as quais não se sente responsável.

6.3.4 A responsabilidade do advogado na preparação da demanda

O desenvolvimento da ideia de que existe um ônus de preparação adequada da demanda para parte, que se não atendido a mesma deixa de auferir os seus benefícios e deve suportar os prejuízos de sua omissão, considerando que o advogado é contratado justamente para representar de forma satisfatória em juízo, passa por reconhecer a existência de um *dever* do advogado de preparar adequadamente a demanda.

O exame dos fatos invocados pela parte, realizado por profissional qualificado, permite uma análise correta sobre direitos que deles decorrem – ou não decorrem – existindo um trabalho prévio de assessoria, anterior à postulação judicial, que é fundamental para a satisfação da pretensão do interessado e seu esclarecimento sobre eventual tutela jurídica a que tenha direito.

Evidente que essa obrigatoriedade não gera para o advogado apenas vantagens, ou seja, uma *reserva de mercado*, visto que as partes são obrigadas a contratá-los para demandar em juízo. Emanam das normas citadas também o comando de responsabilidade do patrono pelas teses jurídicas afirmadas na inicial.

A toda evidência, a parte pode ser responsabilizada por *fatos falsos que comunica ao advogado*, porém a *uma articulação deliberadamente incorreta dos fatos* ou a *prática de atos processuais de má-fé*, somente pode ser imputada ao advogado, e não à parte. Não pode o advogado sugerir ou compactuar com atos de má-fé da parte, sob o suposto pálio de suas prerrogativas.

Cumprido ao advogado, na fase pré-processual, orientar corretamente a parte, esclarecendo seus direitos, suas alternativas, os riscos de uma demanda judicial e, principalmente, gerenciar para a parte a preparação da demanda.

Ensina Pinho (2010, p. 265):

Violando a parte seus deveres éticos, isto é, de lealdade e boa-fé processual (art. 14,II), ela é considerada litigante de má-fé por estar utilizando o processo com o objetivo de vencer a qualquer custo ou de, pelo menos, prolongar deliberadamente o seu curso normal, causando dano à parte contrária. Todavia, não é só a parte (do processo ou da demanda) fica prejudicada. Em verdade, a má-fé processual prejudica todo o processo, na medida em que pode impedir, até mesmo, a solução da controvérsia. Nesse sentido, o Código prevê em seu art. 14, I e II, o dever de veracidade em relação às alegações das partes, bem como do de formular pretensões e alegar defesas fundamentadas, isto é, de acordo com o sistema normativo vigente.

Tanto no campo fático-probatório, quanto no que tange exposição clara dos fatos e suas consequências jurídicas, é dever do advogado agir com ética, probidade e legalidade, reunindo os elementos necessários à deflagração do processo. Se o advogado não prepara corretamente a demanda, tem responsabilidade funcional sobre os problemas que possa causar à parte e à justiça, por sua conduta.

6.4 Documentos indispensáveis

6.4.1 Comprovação documental da qualificação dos sujeitos do processo e da existência da relação jurídica

O processo tem sujeitos que dele participam, devendo todos ser claramente identificados. A identificação dos sujeitos do processo, no que tange o juiz, o promotor de justiça e os auxiliares da justiça, passa por princípios constitucionais que vão desde o princípio do juiz natural, até o princípio da *transparência*, este obtido da combinação dos princípios da impessoalidade e moralidade.

Sem embargo, a identificação primeira do processo é justamente a do interessado, que propondo a ação torna-se parte e cria uma série de vinculações, como competência, responsabilidade tributária pelas custas e taxa judiciais, responsabilidade processual e civil pelos atos que pratica, entre outras tantas.

Assim, impõe-se que a pessoa que proponha a ação esteja adequadamente identificada e é razoável que, dispondo a sociedade e o Poder Público de sistemas

registrais, apresente o autor a documentação correspondente à qualificação que afirma, não bastando a mera alegação.

Não há excesso no fato do sistema prevenir o uso indevido do nome de terceiro, exigindo a identificação completa daquele que quer litigar em juízo.

Justa a exigência de documentos, especialmente nos casos em que é relevante a comprovação para o gozo de algum benefício, p.ex., para fins de propositura de ação no foro da competência de autor consumidor, ou para tramite processual prioritário, em função da condição de idoso. A cada benefício processual, corresponde algum ônus; logo se quer o consumidor invocar a norma de competência que lhe favorece, preterindo o foro do réu fornecedor, deve comprovar sua condição pessoal (domicílio).

Observe-se que também no processo, como regra, deve-se presumir a boa-fé das partes, assim seria possível argumentar pela desnecessidade de comprovação do endereço, com a suficiência da afirmação do mesmo. Ocorre que dependendo do deslinde do processo, a parte autora poderá ter *responsabilidades* com a parte ré – ônus de sucumbência – afigurando-se legítima a exigência de comprovação do endereço, como garantia à outra parte de localização do autor, tanto para cumprimento de obrigações, como para atos de comunicação no próprio processo.

Toda a qualificação afirmada, *que seja relevante para a causa, gerando benefícios, ônus, direitos ou deveres*, deve ser comprovada documentalmente. A demonstração do estado civil, por exemplo, pode ou não ser importante para a ação, mas se o for, terá que ser comprovada. O mesmo vale para a profissão, filiação etc.

Seguindo a linha exposta, evidente que se justifica a comprovação da hipossuficiência econômica, para o fim de fruição do benefício de gratuidade de justiça, cuja necessidade é ratificada por nossos tribunais. Nesse sentido³⁰:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DO LIMITE DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA COMO PARÂMETRO PARA CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DA PRESUNÇÃO LEGAL. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A simples fixação de um patamar de renda acima da qual se entenderia indevida a concessão do benefício da gratuidade da justiça importaria em indevida inversão da presunção legal prevista no art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50. Nesse sentido: REsp 654.748/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ 24/4/06.

³⁰ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Órgão Julgador : Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1239265 / RS. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do Julgamento : 05/04/2011. Publicado no Diário Oficial da União em 11/04/2011.

2. "Havendo dúvida da veracidade das alegações do beneficiário, nada impede que o magistrado ordene a comprovação do estado de miserabilidade, a fim de avaliar as condições para o deferimento ou não da assistência judiciária" (AgRg nos EDcl no Ag 664.435/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 1º/7/05).
3. Agravo regimental não provido.

Se uma parte invoca um benefício processual, como dito, surge para ela, como condição para sua fruição, o ônus de comprovar que preenche os respectivos requisitos. Não se pode olvidar que sendo as custas e taxa judiciárias espécies de tributo, a gratuidade de justiça consiste em uma *isenção tributária*³¹, que viabiliza o acesso ao serviço público, sem a contraprestação de pagamento da taxa.

No caso da gratuidade de justiça, a comprovação é fundamental por dois outros motivos, a uma, isenta a parte de responsabilidade com o Poder Público e com a parte adversa – no caso de não ser acolhido o pedido – sendo razoável que quem tenha que suportar as despesas em função da gratuidade concedida a outrem, faça-o somente se devidamente comprovada a situação de hipossuficiência econômica; a duas, o direito à gratuidade de justiça pode ser parcial e até relativo, existindo somente quando ponderada a situação financeira da parte e as despesas processuais, a exoneração completa destas for condição para assegurar a o acesso à justiça.

No mesmo processo, uma pessoa pode não ter renda que lhe permita arcar com elevada taxa judiciária sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família – artigo 4º da Lei nº 1.060/50 – entretanto ter condições de arcar com as custas, devendo somente aquela ser liberada. Uma pessoa pode não ter condições de custear determinada ação cujo valor da causa seja elevado, porém poder custear outra de valor diminuto: o direito não *pessoal*, mas sim *relativo*. Cumpre ao juiz examinar e decidir tais questões, pelo que deve vir aos autos a prova do estado econômico insuficiente.

Não encaminhar a comprovação documental ao direito de concessão do benefício de gratuidade de justiça é uma falha profissional do advogado.

Além dos dados pessoais da parte, deve a demanda ser preparada com todas as provas relevantes para o julgamento da causa, que estejam disponíveis antes da

³¹ A norma da gratuidade de justiça, em verdade, não isenta *ab initio* o beneficiário e sim *suspende* a exigibilidade do tributo, sem suspender sua prescrição, que se opera após cinco anos, caso não cesse a suspensão e haja cobrança, o que só pode ocorrer se houver mudança na fortuna do beneficiário. Na prática, até por não haver mecanismo de verificação ulterior da obtenção de riqueza pelo beneficiário e por não ser essa alteração de condição econômica comum, acaba acarretando verdadeira isenção, visto que uma vez deferida a gratuidade de justiça, custas e taxa judiciária não mais serão cobradas, sem nenhuma outra medida.

apresentação da petição inicial em juízo, poupando atos posteriores de solicitação de exibição de documentos, ao próprio autor ou a terceiros.

A inicial deve vir instruída com toda a prova documental existente e que possa ser obtida extrajudicialmente pela parte autora, mesmo aquela que lhe demande diligências, desde que estas lhe sejam possíveis, ou a seu advogado.

Com relação à Defensoria Pública, a instituição tem poder de requisição de informações não sigilosas a qualquer órgão público, com efeito, os documentos úteis ao exame da causa devem necessariamente vir com a inicial.

A disponibilidade de meios da Defensoria Pública varia de uma unidade da federação, para outra; no Estado do Rio de Janeiro a Defensoria Pública está muito bem aparelhada, tendo o hábito de propor ações já como acervo probatório documental constituído, quando este depende apenas de órgãos públicos.

A relação jurídica base entre as partes deve vir inteiramente comprovada, ou tanto o quanto possível à parte. Deve acompanhar a petição inicial o registro de *tratativas pré-processuais* realizadas pelas partes ou tentativas de contato da parte autora.

Evidente que a vida moderna é repleta de relações jurídicas complexas e não raro surgem desentendimentos entre pessoas com interesses comuns ou relacionadas. O julgamento da causa deve levar em consideração essa realidade, modulando a condução do processo e própria decisão final, considerando também a *boa-fé pré-processual* das partes e sua atuação consentânea com a complexidade da relação. São, pois, importantes as informações sobre como cada parte se portou a partir do momento em que tomou ciência do conflito de interesses, pois isso permite uma adaptação dos atos do processos, ajustando-os às provas já produzidas, negada ou recusadas, condutas de boa ou má-fé, seja para medidas antecipatórias de mérito ou instrutórias, seja por ocasião do próprio julgamento final e estabelecimento da forma de execução.

6.4.2 Documentos de acesso público

Há centenas de espécies de documentos essenciais para as mais diversas demandas, que podem ser obtidos sem grande esforço pela parte interessada, sendo razoável que sejam providenciados pela parte, e antes da propositura, para

permitir uma análise mais completa do juiz e não se perder tempo com solicitações e juntadas posteriores.

Incluem-se entre os documentos disponíveis aqueles passíveis de obtenção pela rede mundial de computadores – *internet* – como muitos que são oferecidos pela Receita Federal, Instituto Nacional do Seguro Social, Detran, Prefeitura e tantos outros órgãos públicos, bem como entidades que desempenham atividades públicas, como Juntas Comerciais, serviços de proteção ao crédito e cartórios extrajudiciais, entre outras, têm vias suficientemente ágeis, para permitir que as partes possam obter informações necessárias à preparação da demanda, sem com isso retardar a tutela jurisdicional.

Há ainda informações que são prestadas por instituições públicas e privadas em suas sedes, agências e sucursais, em alguns casos sendo cobradas quantias. Havendo contrapartida financeira, o documento pode se tornar inacessível ao jurisdicionado hipossuficiente econômico, cumprindo ao Poder Judiciário determinar ao órgão o encaminhamento do documento, não podendo a parte ser prejudicada por sua carência de recursos.

Todavia, tratando-se de parte economicamente apta, afigura-se razoável que desembolse as quantias necessárias para certidões, cópias, extratos etc, logicamente devendo tais despesas ser incluídas entre as *despesas processuais* e cobradas do réu, desde que pertinentes e devidamente comprovadas.

6.4.3 A indicação mínima de indícios de veracidade das alegações

Em que pese a classificação tradicional das fases do processo em *postulatória*, *instrutória* e *decisória*, o fato é que se tratam de momentos de maior concentração dos respectivos atos, que também ocorrem de forma dispersa durante todo o procedimento.

No ato de propositura da ação, há para o autor o *ônus probatório mínimo inicial* de demonstrar, ainda que indiciariamente, os *atos constitutivos do direito alegado*. Observa-se que este ônus corresponde a uma parcela do *ônus probatório*, presente em todo o processo desde seu início, com a apresentação da demanda. Sobre ônus da prova, ensina Greco:

O ônus da prova é, portanto, um encargo que recai sobre as partes a respeito das provas que propõem, sob a ameaça de, uma vez descumprido, o juiz não reputar

verdadeiros os fatos que a cada uma delas interessa. As regras de distribuição do ônus da prova têm duplo objetivo: primeiramente definir a qual das partes compete provar determinado fato, o chamado ônus subjetivo; em seguida, no momento da sentença, servir de diretriz no encadeamento lógico do julgamento das questões de fato, fazendo o juízo penderem favor de uma ou de outra parte, conforme tenham ou não resultado provados os fatos que a cada uma delas interessa, o chamado ônus objetivo. (GRECO, 2010, p. 130)

Provas podem ser estudadas sob o aspecto de seus *meios, resultados e atividade de produção* (GRECO, 2006b. p. 423), e objetivam atestar a ocorrência ou existência de fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos de direitos em litígio. A prova é componente do direito de acesso à justiça, tanto na pretensão quanto na defesa.

Sob uma ótica cooperativa e democrática do processo não apenas o juiz, mas as partes e a própria sociedade são destinatários das provas. Na admissão das de provas requeridas pelas partes, o juiz deve ser tolerante e lembrar que não é único destinatário das provas (GRECO, 2008).

As provas são precipuamente a base fática para a formação do convencimento do juiz, mas antes desse, pelas vias autocompositivas, é possível que as próprias partes, diante das provas, ponham consensualmente fim ao processo (NEVES, 2008).

O processo deve existir para proteger quem tem o *bom direito*, de modo que a presunção deve ser de que quanto mais provas houver, melhor provada estará a tese daquele que ostenta a *posição jurídica de vantagem* (MENEZES, 2011).

Presumindo-se, pois, que as partes estejam agindo de boa-fé e efetivamente acreditem sinceramente na preponderância de suas alegações, a ambas interessa que haja mais provas no processo. Parece evidente que não se pode argumentar contra a atuação instrutória na fase pré-processual com uma suposta *proteção* à má-fé da parte que, ciente de que não tem direito, nega-se a colaborar na fase que antecede o ajuizamento.

Constitui premissa da justa composição do conflito a revelação da verdade real. Interessa a todos os sujeitos processuais a busca da verdade, por isso também as partes e advogados vão sendo municiados de novos instrumentos para assegurar tutela de seus interesses.

Nesse sentido disposições no Projeto de Novo Código de Processo Civil como a possibilidade de apresentação pelas partes de declarações escritas,

substitutas do depoimento de testemunhas – semelhantes às *affidavits*³² do direito norte americano – e a progressiva validade das intimações extrajudiciais, alinham-se entre as novas faculdades processuais das partes.

A busca da verdade não é autoritária, desde que respeite a dignidade humana e não seja parcial (GRECO, 2006b. p. 423/470).

Da mesma forma, a descoberta – ou a aproximação ao máximo – da verdade, apresenta-se como meio de acesso à *Justiça*, entendimento que legitima ainda mais a busca pela verdade na fase pré-processual, logicamente respeitados os direitos constitucionais da outra parte, como intimidade, privacidade, entre outros.

A fase instrutória do procedimento não existe para *poupar* a parte indiligente da preparação da demanda, mas oportunizar o robustecimento do acervo probatório, sob o crivo do contraditório judicial.

6.4.4 A apuração do cumprimento do ônus de juntada de documentos essenciais

Natural que se para a parte e seu advogado existe um *ônus de preparar adequadamente a demanda*, ao juiz cabe o dever de verificar se a demanda foi correta e suficientemente preparada.

Já vaticinava Passos (1975, p. 150):

[...] a juntada de documento indispensável é uma dever processual do autor. A juntada de documento não indispensável é um ônus para o autor. Sua ausência dos autos poderá determinar um prejuízo para o autor, mas dela não decorrerá, necessariamente, a impossibilidade jurídica do pedido nem sua improcedência *prima facie* (PASSOS, 1975, p. 150)

Como ônus que é, a preparação da demanda, se não executada adequadamente, pode acarretar consequências processuais negativas para o autor. Os efeitos negativos de uma demanda mal preparada vão desde meras irregularidades ou omissões sanáveis, que apenas dificultam ou retardam o trâmite processual, até situações severas, que conduzem à inadmissão da demanda.

O direito fundamental de acesso à justiça serve de fundamento ao impulso oficial, cujo conteúdo abarca o dever do julgador que percebe a deficiência na

³² A *affidavit* é uma declaração formal juramentada de fato, assinada pelo autor, que é chamado o declarante ou depoente, e testemunhou sobre a autenticidade da assinatura do declarante por parte de um tomador de juramentos, como um notário público ou comissário de juramentos. O nome vem do latim medieval para ele declarou sob juramento. Nem todos os depoimentos exigem um notário público para a execução (FRIEDENTHAL, 2005).

preparação da demanda, orientar a parte e seu advogado sobre como corrigir a falha.

Frise-se que não se cogita de *auxílio* ou orientação *jurídica* sobre as alegações, o que é vedado pela necessária imparcialidade. Cumpre ao juiz, examinando a inicial, argumentos e documentação que acompanha, verificar se pende alguma diligência ou esclarecimento que caiba à parte.

Tal providência não se dá em benefício da parte, mas do trâmite processual adequado, que favorece até mesmo a parte adversa. O réu tem o direito constitucional à ampla defesa, que é otimizada pela clareza com que se colocam as alegações do autor.

6.5 Procedimentos extrajudiciais preparatórios

6.5.1 Notificação prévia na alienação fiduciária e no arrendamento mercantil

Um primeiro exemplo lapidar de que o nosso sistema admite procedimentos pré-processuais obrigatórios, sem que com isso haja violação do direito fundamental de acesso à justiça – lógico, desde que o procedimento extrajudicial seja razoável e favoreça o trâmite processo – verifica-se nos procedimentos de recuperação da posse da garantia pelo credor, nos contratos de arrendamento mercantil e alienação fiduciária.

O arrendamento mercantil ou leasing é o contrato típico do direito tributário – art. 1º da Lei nº6.099/74 – segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado, sendo resultado da conjugação de locação e opção de venda. Nele são partes o fornecedor, arrendatário e o arrendador (este tem que ser pessoa jurídica, sob a forma de Sociedade Anônima ou Instituições Financeiras autorizadas, tendo como objeto bens imóveis ou móveis).

Através do arrendamento, o arrendador adquire do fornecedor, o bem indicado pelo arrendatário, e cede a posse ao arrendatário, que assume a obrigação de adimplir certo número de prestações periódicas e, ao final do contrato, pode prorrogar o pagamento de prestações, restituir o bem, perdendo as prestações que

se constituem em aluguel, ou o adquiri-lo, reduzindo-se as prestações pagas do preço total, constituindo as mesmas antecipação parcial do pagamento, que é integralizado com adimplemento do valor residual. Cumprido ao fornecedor alienar o bem ao arrendador que cede a posse do mesmo ao Arrendatário, que deverá adimplir as prestações ajustadas e devolver ou adquirir o bem, ao final do contrato, no último caso adimplindo o valor residual.

O Procedimento para o arrendador reaver a coisa arrendada, na hipótese de inadimplemento prevê expressamente a necessidade de uma *notificação prévia* e, não havendo quitação, resolve-se o contrato e tem ensejo ação de reintegração de posse, com cabimento de liminar, na qual também é pleiteado o pagamento das parcelas vencidas e cláusulas penais.

A alienação fiduciária em garantia é um contrato típico regulado no Livro III da Parte Especial do Código Civil, no capítulo de propriedade fiduciária – artigos 1361 a 1368 – e não no Livro I, de obrigações e contratos e regulada na Lei nº 4.728/65 (Lei de Mercados de Capitais) e cujas disposições processuais estão no Decreto-lei nº911/69. O contrato transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. São partes *credor-fiduciário* ou *mutuante-fiduciário*, *devedor-fiduciante* ou *mutuário-fiduciante* e o fornecedor do bem (contrato *tripartido*).

Os procedimentos disponíveis para a instituição financeira credora são a ação de busca e apreensão autônoma, a ação de depósito e ação de execução, porém todas devem ser precedidas notificação prévia.

A notificação é ato extrajudicial e pré-processual, no entanto, a sua realização é condição para a propositura – preparação da demanda – de busca e apreensão ou reintegração de posse de leasing, não se cogitando de *negativa de acesso à justiça*, pelo fato da lei exigir que a instituição financeira comprove que comunicou o devedor sobre o débito, instou-o a pagar e somente o está demandando judicialmente porque ele se ficou inerte.

Observe-se que não se afigura correto afirmar que notificação *constitua o devedor em mora*, pois a constituição em mora no contrato de alienação fiduciária em garantia ocorre *ex re – dies interpellat pro homine* – tanto assim que os juros são devidos desde o vencimento e não desde a notificação.

Em verdade, a notificação funciona como um aviso, uma advertência ao devedor de que se não for efetuada a purga da mora, poderá ser proposta ação judicial. A norma que impõe a notificação estabelece uma forma comunicação entre as partes, através da qual o credor informa ao devedor seu descontentamento com a inadimplência e oportuniza a solução amigável, com a quitação da dívida.

O legislador, reconhecendo o desgaste e custos inerentes ao processo, além de suas possíveis consequências na esfera pessoa do devedor, impõe que a financeira comprove que estabeleceu um contato pré-processual com o devedor, que tem a alternativa de obstar a propositura da ação judicial.

Este exemplo é facilmente compreensível por ser coerente com o sistema legal de proteção ao consumidor, contudo, há mais resistência quando se espera, por exemplo, alguma conduta prévia de um consumidor, antes de demandar um fornecedor em juízo.

Reconhecendo-se a notificação como uma mera comunicação escrita registrada, afigura-se razoável que, tendo o consumidor ou cidadão acesso à empresa, ou mesmo ao estado, diligencie informando seu problema e solicitando uma providência, em prazo razoável.

Evidente que se o meio disponibilizado é de difícil ou impossível registro pelo consumidor – p. ex. ligação telefônica – jamais se cogitaria de exigir prova impossível, porém se o meio é acessível – p.ex. protocolo de pedido em órgão público próximo à residência do interessado – tal conduta, embora não possa ser deve ser considerada.

6.5.2 Notificação para extinção de comodato e rescisão de contrato

Como disciplinam os artigos 579 e seguintes do Código Civil, o comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis e se perfaz com a tradição do objeto. Se o comodato não tiver prazo convencional, o comodatante tem o direito potestativo de notificar o comodatário para restituir a coisa, constituindo-o em mora.

Diferentemente da notificação em que a mora ocorre *ex re*, no comodato a comunicação tem efeito material relevante, pois extingue o contrato e deflagra a obrigação do comodatário de restituir a coisa. Não havendo notificação prévia, a constituição em mora operar-se-á como efeito da citação na ação de reintegração de posse.

Ocorre que do ponto de vista restaurativo das relações continuativas – notadamente por ser o comodato comumente um contrato firmado entre pessoas próximas, com confiança recíproca – afigura-se interessante que haja comunicação entre as partes, antes da deflagração da demanda, por mais que não seja imprescindível.

Note-se que é habitual em ações de reintegração de posse, o pedido antecipatório da tutela, chamado no procedimento de *liminar*. Evidente que, embora pesem sobremaneira as características singulares do caso concreto, o magistrado examinará com rigores diferentes os casos em que a parte notificada, não restituiu o bem, e aqueles em que ela sequer tinha notícia (ou não se demonstrou na inicial) do interesse do comodatante de reaver o bem naquele momento.

Destaca-se, pois, a importância da preparação de uma ação possessória, onde demonstrando a parte autora ao julgado seu bom direito e a resistência da parte ré, terá melhores condições para pleitear uma medida antecipatória, do que se simplesmente descrevesse os fatos e o direito, sem demonstrar que contactou a parte ré e esta se negou a atender sua pretensão legítima.

Sublinha-se que *notificar ou não*, não se coloca como obstáculo a propositura da demanda possessória, mas constitui um ato preparatório que influencia diretamente os atos *endoprocessuais* e a própria tutela do direito da parte. Não tendo a parte desincumbido-se adequadamente no ônus pré-processual, suportará a consequência, por exemplo, de não ter a tutela antecipadamente deferida, ou aguardar uma audiência de justificação, designada por não ter o juiz convencido-se com a petição inicial de que a parte ré resistiria à pretensão autoral, visto que isso não foi demonstrado.

Situação análoga ocorre na hipótese do artigo 1º, do Decreto-lei nº 745/69, em que nos contratos a que se refere o artigo 22 do Decreto-Lei nº 58/37, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com quinze dias de antecedência.

Em geral, contratos atípicos também podem trazer igual disposição, situação em que a notificação ou comprovação da denúncia do contrato estará entre as providências preparatórias necessárias, antes da propositura.

6.5.3 Consignação em pagamento extrajudicial

Dispõe o artigo 890 do Código de Processo Civil, em seus parágrafos, que se tratando de obrigação em dinheiro, poderá o devedor optar, em vez de propor uma ação judicial de consignação em pagamento, pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de dez dias para a manifestação de recusa.

Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada. Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor, dentro de trinta dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa. Não proposta a ação no prazo referido, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante.

Nota-se que o legislador inseriu secundariamente, no artigo que inaugura o capítulo o livro de procedimentos especiais com o procedimento de consignação em pagamento, um procedimento extrajudicial alternativo ao ajuizamento de ação.

Oportuna a regulação deste instituto – que pela visão da época poderia não ser considerada matéria *processual*, por definir procedimento alheio ao processo – na medida em que oferece ao interessado meio simples e eficaz de satisfazer sua pretensão, sem o desgaste de uma ação judicial.

Observe-se que na parte final do regramento da consignação extrajudicial, percebe-se sua característica *pré-processual*, posto que em havendo recusa ao recebimento da quantia consignada, o ato produzirá efeito em processo judicial futuro, qual seja, afirmar a tempestividade do depósito, a contar daquele feito extrajudicialmente.

O instituto é exemplar em matéria de orientação da conduta pré-processual preparatória da demanda, pois disponibiliza para devedor um meio extrajudicial de realizar sua pretensão de pagar (depósito bancário particular), indica o modo como deve ser feita a comunicação com a parte adversa (carta registrada), enfrenta as alternativas de resposta do credor (aceitação e recusa) e orienta o procedimento para judicialização da pretensão, com informação ao juízo das medidas adotadas na fase anterior ao processo (prova do depósito e da recusa).

Vale ressaltar que está clara a consequência jurídica para o credor que não diligencia para comparecer ao banco e recusar o depósito: ser-lhe-á oposto o pagamento como perfeito, caso venha a cobrar futuramente a dívida. Da mesma forma, dispõe a lei sobre a consequência para o devedor, que não observar corretamente o procedimento pré-processual, no caso, o prazo de trinta dias para propositura da ação judicial, que se não observado, impedirá que se beneficie da conduta extrajudicial preparatória.

6.5.4 Embargo extrajudicial de nunciação de obra nova

A ação de nunciação de obra nova é procedimento especial pouco utilizado na prática e excluído do rol de procedimentos no Projeto de Novo Código de Processo Civil. O desuso deste procedimento pode ser em grande parte atribuído à sua especificidade e, principalmente, pela generalização do uso do procedimento comum para tutelas interditais, após a inclusão do instituto da antecipação de tutela.

Cabe a ação de nunciação quando o proprietário ou possuidor, pretende impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho prejudique seu prédio, suas servidões ou fins a que é destinado, e para o Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura. No que tange a municipalidade a evolução do poder administrativo de autotutela do Estado também dispensa a demanda ao Poder Judiciário (embora possa ocorrer, se a administração pública preferir cercar sua conduta de um exame processual garantístico).

Dispõe o artigo 935 do Código de Processo Civil que o prejudicado pode, em casos urgentes, realizar *embargo extrajudicial*, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor, para não continuar a obra. Nesta hipótese, dentro de três dias deve o nunciante requerer a ratificação em juízo, sob pena de cessar o efeito do embargo.

Para Silva O. (2002b), o embargo extrajudicial ou liminar, pode ser considerando um *incidente*:

A ação de nunciação de obra nova tem procedimento especial caracterizado pelo incidente de embargo liminar da obra nova, que é da essência da demanda. [...] O embargo liminar da obra pode, excepcionalmente, ser feito pelo nunciante, se o caso for urgente, extrajudicialmente, através de notificação verbalmente feita, perante

duas testemunhas, ao proprietário ou, em sua falta, ao construtor, para que não prossiga com a obra embargada. [...] (SILVA. O. 2002b)

Neste caso, a lei processual regulou uma situação de urgência, não autorizando a autotutela (como ocorre no caso do desforço necessário e da legítima defesa da posse), mas estabelecendo uma comunicação prévia à ação judicial entre as partes – o *embargo extrajudicial* – e prevendo como deve ser o seu registro (com prova testemunhal).

Interessante que muitos casos a técnica podia e devia ser adotada, visto que demonstraria, por exemplo, a boa ou má-fé daquele que realiza a obra, viabilizando que o magistrado exerça um juízo mais preciso sobre a necessidade de medidas coercitivas mais graves para impedir a continuidade da obra – interdição, p.ex. – ou se medidas mais tênues e menos constrangedoras seriam suficientes – p.ex. multa. A diferença é essencial quando se trata de um imóvel residencial.

6.5.5 Requerimento administrativo anterior ao habeas data

Fundamental para a percepção da constitucionalidade da estipulação de condutas pré-processuais, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o procedimento do Habeas Data, regulado na Lei nº 9.507/97, notadamente quanto aos incisos do parágrafo único do artigo 8º da lei.

Dispôs o legislador que a petição inicial do habeas data deve, além de preencher os requisitos do Código de Processo Civil, ser instruída com prova: 1) da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; 2) da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou 3) da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

Ocorre que tradicionalmente o Supremo Tribunal Federal é avesso à imposição à parte, de procedimentos anteriores ao ingresso em juiz, vislumbrando nisso, violação ao direito fundamental de acesso à justiça.

Nesse sentido, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal³³, em processo objetivo em que se impugnou a instituição de comissões prévias de conciliação na Justiça do Trabalho:

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2139 MC / DF. Min. Octavio Gallotti. Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio.

PROCESSO OBJETIVO - PETIÇÃO INICIAL. A petição inicial do processo objetivo deve ser explícita no tocante à causa de pedir. JURISDIÇÃO TRABALHISTA - FASE ADMINISTRATIVA. A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo.

Em que pese a firme jurisprudência considerando ilegítima qualquer condição imposta à parte, para a propositura de ação, no caso do habeas data, a Excelsa Corte esposou entendimento melhor elaborado³⁴, senão vejamos:

HABEAS DATA - NATUREZA JURÍDICA - REGIME DO PODER VISÍVEL COMO PRESSUPOSTO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES - SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES (SNI) - ACESSO NÃO RECUSADO AOS REGISTROS ESTATAIS - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR - RECURSO IMPROVIDO.

- A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial a caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. - O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado.

- O habeas data configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu triplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. - Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesam, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.

- O acesso ao habeas data pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional. - A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data.

Nota-se que a questão relativa à definição de condutas pré-processuais à parte, foi melhor construída na Lei do Habeas Data, que também recebeu interpretação constitucional mais consentânea com a sistemática do processo civil, que presume a resistência extrajudicial da parte, para que haja interesse processual.

Já Moreira (2001b, p.130) ministrava que a tentativa extrajudicial de obter o pedido ulteriormente formulado em juízo é um pressuposto de admissibilidade da

Julgamento: 13/05/2009. Publicado no Diário Oficial da União de 20/05/2009. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 30 de fevereiro de 2011.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Recurso em Habeas Data. RHD nº 22 / DF. Relator(a): Min. Marco Aurélio Relator para Acórdão: Min. Celso De Mello. Julgamento: 19/09/1991. Publicado no Diário Oficial da União em 01-09-1995 PP-27378. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 30 de fevereiro de 2011.

ação de habeas corpus, visto que não configurada a resistência da entidade, faltaria ao impetrante interesse processual.

No caso do habeas data, não há pertinência no pedido judicial, se não houver recusa anterior – resistência à pretensão – na correção ou fornecimento de informações armazenadas em banco de dados.

Frise-se que não se trata de violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição – postulado obtido da interpretação do direito fundamental constitucional de acesso à justiça – tampouco há quebra da unicidade da jurisdição ou estabelecimento de uma instância administrativa obrigatória.

A recusa à informação ou correção pode ser *tácita* ou comprovada pela *omissão*, não sendo necessário que se aguarde expressa manifestação do órgão mantenedor do banco de dados; basta que se solicite e, findo prazo razoável estabelecido na lei como sendo dez dias, estará implícita a resistência à pretensão e, portanto, verificado o interesse-necessidade na providência jurisdicional.

Sobre o tema em comento, Carvalho Filho (2004, p. 872) ressalta que o tratamento à matéria dado na Lei nº 9.507/97, resultara da consolidação jurisprudencial definida no Enunciado Sumular nº 02 do Superior Tribunal de Justiça³⁵.

Vislumbra-se situação análoga em todos os casos, ainda que não previstos expressamente em lei, visto que deve haver alguma resistência a pretensão deduzida em juízo e delimitada pela demanda, para que esta possa ser admitida e se justifique a ação penal.

A lei do habeas data teve o cuidado, outrossim, de estabelecer o ônus probatório prévio da parte autora, de preparar adequadamente a demanda, juntando com a petição inicial a prova de que efetivamente realizou a solicitação de satisfação de sua pretensão, extrajudicialmente.

Contudo, registra-se que em sendo impossível a parte a prova da referida solicitação, quer pelo meio adotado pela instituição a quem se deva requerer extrajudicialmente (p.ex. por telefone), quer pela condição especial da pessoa

³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula de nº 02. Não cabe o habeas data (cf, art. 5., LXXII, letra "a") se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.". Publicado no Diário Oficial da União em 18/05/1990 p. 4359. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2011.

solicitante (p.ex. exigência de assinatura a pessoa que não seja capaz de assinar), o requisito deve ser afastado pelo Poder Judiciário, que deve admitir a demanda.

6.5.6 Memória de cálculo

Em que pese alguma resistência que reste à ideia de impor à parte, como ônus de preparação da demanda, a prática de atos preparatórios, inequívoco que nosso sistema aceita tal concepção com naturalidade, em alguns assuntos, sendo ensejo de tratar da *memória de cálculo*, não apenas esperada, mas exigida, como condição para admissão de alguns procedimentos.

O Código de Processo Civil dispõe no artigo 614, inciso II, que cumpre ao credor, ao requerer a execução extrajudicial, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial com o *demonstrativo do débito atualizado* até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa, sendo este requisito de admissibilidade da inicial.

No mesmo sentido, a redação atual do artigo 739-A, determina que quando o excesso de execução seja fundamento dos embargos, o embargante declare na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo. Na parte final do parágrafo quinto do mesmo artigo, expressamente, a lei comina pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento, caso a petição não seja acompanhada dos cálculos.

Embora na sistemática sincrética atual, a execução seja uma fase do processo conhecimento, que chega à etapa satisfativa, no momento do cumprimento da sentença, vale lembrar que também o 475-B do Código de Processo Civil, prevê que o pedido de cumprimento seja instruindo com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Conforma-se, pois, um sistema que reconhece a validade da exigência de uma providência pré-processual, consistente na elaboração de cálculos, sem que com isso haja qualquer violação do direito de acesso à justiça. A elaboração dos cálculos é considerada ato que incumbe a parte, inclusive para delineamento de sua pretensão, pelo que lhe é exigível.

Correta a jurisprudência que se mostra condescendente com a parte que não dispõe de meios para apresentar a memória de cálculo, permitindo, excepcionalmente, o uso do serviço judiciário de contadoria. Contudo, não deve

mesmo essa ser a regra, incluindo-se a realização dos cálculos entre as atribuições da parte ou advogado que prepara a sua demanda ou pedido para ingresso em juízo.

Atente-se para o fato que é a delimitação da pretensão, obtida com os cálculos, que assegura a amplitude de defesa do réu, que precisa saber o quanto pretende receber o autor, para que possa manifestar-se corretamente. Além disso, há as custas, a alçada, o rito e outras questões inerentes ao valor da causa.

6.5.7 Protesto prévio na falência

O ocorrendo o ocaso financeiro da empresa, marcado pela inadimplência de dívida superior a quarenta salários mínimos, não apresentação de bens à segurança do juízo em execução judicial ou prática de atos que induzam a intenção de dissipação de patrimônio, apesar de haver dívidas pendentes, tem ensejo o pedido falência. Antes, porém, do ajuizamento da execução, na forma do artigo 94, inciso I, e parágrafo 3º da Lei nº 11.101/05, pode o credor – ou grupo de credores reunidos – apresentarem para protesto a dívidas inadimplidas pela empresa, cuja falência pretendem requer. Trata-se de procedimento prévio e obrigatório, imposto pela lei com necessário para a admissão da ação falimentar.

Cuida-se, pois, de mais um hipótese de procedimento preparatório, que é praticado antes do processo, na fase pré-processual, cujo ônus cabe ao autor e que, sem ele, não será admitido o direito de ação. Como no caso do arrendamento mercantil e da alienação fiduciária, o protesto extrajudicial desempenha a função de demonstrar ao julgador que foi tentada a satisfação da pretensão, antes do ajuizamento da ação, assim como foi oportunizada ao devedor, evitar o desgaste da ação judicial. Não paga a dívida e mantido o protesto, há indícios mínimos suficientes para que seja admitida a pretensão de ver dissolvida a empresa e excutido o restante de seu patrimônio, quer pela provável insolvência, quer pela má gestão de seus ativos, matérias que serão examinadas no curso do processo de falência.

A exigência do protesto prévio evita que um pedido de falência infundado cause danos desnecessários ao requerido, haja vista o reflexo no mercado da condição de réu em ação falimentar.

7 ALTERNATIVAS PARA UMA MELHOR PREPARAÇÃO DA DEMANDA

7.1 Contato prévio entre os advogados das partes

A colaboração das partes com a solução do litígio e sua atuação de boa-fé no curso do contato antes e depois do processo, senta raízes bastante profundas na história do direito, como destaca a doutrina:

No antigo processo romano, era possível ao réu exigir que o autor prestasse um juramento (*jusjurandum calumniae*), cuja recusa era equivalente à confissão (*Codex*, II, 59, 2), assim como ocorria no direito canônico (juramento de *veritate dicenda*-Canon 774), e no regime das Ordenações Filipinas, quando uma das partes exigia da outra, sob juramento, a promessa de litigar de boa-fé (livro III, Título 43, e § 1º). (BONÍCIO, 2010, p. 210)

Independentemente da existência de qualquer norma legal expressa, denota-se que é imprescindível que as partes de um conflito de interesse comuniquem-se antes do ajuizamento de uma ação judicial, senão por outro motivo, para que aquele que espera uma providência de outrem, tenha certeza que sua pretensão não será atendida amigavelmente.

Sem pretender a digressão sobre as novas teorias que revêem o conceito de *lide*³⁶, o fato é que não há interesse processual – na modalidade interesse-necessidade³⁷ – na propositura de ação judicial, se aquele de quem se pretende uma providência, não se nega a atendê-la.

Com efeito, mostra-se necessário o contato entre as partes antes do processo. Aliás, o próprio Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil³⁸ insere entre os deveres do advogado estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

Assim como os correios quando cartórios extrajudiciais, oferecem alternativas seguras e eficientes para registro de comunicações feitas à parte adversa. Contudo, atualmente, as tratativas entre partes têm se operado comumente através de mensagens eletrônicas e comunicações virtuais – *emails* e recibos através de

³⁶ Preferimos, considerando o objeto e limites deste trabalho, adotar o conceito tradicional de *lide*, como sendo *um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*". (CARNELUTTI, 1999)

³⁷ Explicando detalhadamente a classificação tradicional tripartida do interesse processual, em *interesse-utilidade, interesse-necessidade e interesse-adequação*, DIDIER Jr., Fredie *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. I. Ed. Podium: Salvador, 2008.

³⁸ ORDEM DOS ARVOGADOS DO BRASIL (Brasil) Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Publicado no Diário Oficial da União, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004. Art. 2º, parágrafo único, inciso IV.

websites – o que, respeitadas as limitações do meio eletrônico, também serve eficientemente ao fim de consolidar um acervo probatório sobre a conduta pré-processual das partes.

Além disso, mesmo contatos pessoais e ligações telefônicas, ainda que de registro mais complexo – normalmente por prova testemunhal – são muito importante para que as partes e advogados, primeiro, tentem resolver o conflito sem chegar a deduzi-lo em juízo, ou superada a conciliação, possam conhecer e delimitar melhor a demanda.

É possível, sem dúvida, que uma das partes simplesmente se negue a efetuar tratativas, contatos ou negociações, mas isso, como já exposto, deve refletir no juízo de valor que o julgador fará de sua boa-fé. Insista-se que não se trata de forçar o acordo, mas de encorajar o diálogo humano no convívio social, como instrumento primordial para composição de crises.

7.2 Estruturação clara da petição inicial

Uma das dificuldades enfrentadas na preparação da demanda, passa não apenas pela qualificação técnica, mas pela diversidade de métodos adotados por advogados e partes (juizados especiais), para deduzir demandas em juízo.

O costume de alongar argumentos, fortalecido pelo justo desejo de apresentar todos os argumentos para o acolhimento da pretensão, não raro redundam em uma petição inicial excessivamente longa, considerando a simplicidade dos fatos e do direito, com partes supérfluas e pontos nodais ocultos ou pouco explorados. Nas palavras de Passos:

[...] Deve ela [a petição inicial], conseqüentemente, ter coerência lógica e correção jurídica que se impõe para a decisão acertada do conflito de interesses trazido a juízo pelo autor. [...] A petição inicial não o momento próprio para sustentações doutrinárias, nem discussão de fato que serve de fundamento da demanda. Nela devem os fatos apenas ser expostos e precisadas as teses jurídicas conseqüentes. (PASSOS, p. 139)

A prolixidade – que surge, em parte, a partir do desconhecimento sobre o que será considerado relevante pelo julgador – prejudica o advogado, dificulta o contraditório e ampla defesa, quando pode tornar complexa a análise de uma pretensão simples.

Evidente que há situações de fato e de direito que são altamente densas e complexas, demandando efetivamente extensa exposição e profundo exame técnico-jurídico das normas aplicáveis, justificando um arrazoado extremamente detalhado. Contudo, tais casos são exceções, sendo a absoluta maioria das causas em juízo, em verdade, bastante simples fática e juridicamente.

Preocupado com a massificação das demandas e cuidando de evitar desnecessário desgaste operacional, tanto do Poder Judiciário, quanto dos operadores de direito, o sistema estadunidense tem adotado a técnica de emitir modelos-formulários para utilização como petições iniciais. Esses modelos facilitam o cadastramento, autuação, processamento e decisão, pois todos os sujeitos do processo sabem antecipadamente e com precisão onde estão as informações relevantes no processo.

Os modelos auxiliam advogados e partes na indicação das informações imprescindíveis, visto que há espaços a serem preenchidos, com indicação do que deve constar em cada um, evitando que a demanda seja proposta sem que todos os fatos e informações essenciais sejam expostos.

A economia de papel, tempo e trabalho, favorece partes, advogados, juízes e o serviço judiciário como um todo, otimizando a prestação jurisdicional, reduzindo o esforço burocrático ao estritamente necessário.

Modelos são atualmente compatíveis com a informatização do processo, não por uma indesejável desumanização da atividade judicial, mas pela padronização da atividade procedimental, preservando-se o tempo dos operadores do direito para a análise da questão fática e jurídica em discussão.

Evidente que todo instrumento processual – inclusive modelos – somente tem lugar como catalisador do acesso à justiça e das garantias processuais. Necessitando a parte, pela peculiaridade ou complexidade do caso, ou mesmo por limitação pessoal, utilizar métodos não uniformes de apresentação da demanda, estes devem estar plenamente disponíveis, sem prejuízo da utilidade da formatação sistemática.

Note-se que a técnica já é adotada *informalmente*, haja vista a multiplicidade de demandas idênticas. A realidade dos fóruns é que advogados, defensores, promotores e magistrados padronizam suas manifestações para casos idênticos, o que assegura a isonomia de tratamento e facilita o serviço.

Insta salientar que a eficiência do sistema de modelos-formulários, somente existirá se obtida a solução justa para o conflito e for proferida a correta decisão para o caso concreto, logo não se pode associar jamais *padronização* com ausência de exame individual de cada pretensão; o objetivo do instituto é *facilitar o exame individual* e não *dispensá-lo*, com a aplicação irresponsável de uma solução homogênea, sem perquirição de eventuais distinções e peculiaridades de cada caso aproximado.

7.3 Providências administrativas obrigatórias

Uma ótica polarizada entre Estado e cidadão, alimentada por um histórico desfavorável de tratamento deste por aquele, em diversos setores, estabeleceu uma desconfiança – *compreensível*, em muitos casos – quanto à ética e a eficiência da atuação administrativa do Poder Público.

Contudo, não viola o sistema jurídico a concepção de que é razoável esperar que o particular diligencie administrativamente para ver atendida sua pretensão, antes de ingressar em juízo. O Poder Público, em muitas de suas funções e órgãos, disponibiliza setor de acesso ao cidadão, inclusive com procedimentos estabelecidos para requerimentos, que, em alguns casos, são atendidos com suficiente eficiência.

Evidente que não se cogita – nem se poderia cogitar – de impor ao interessado a submissão ou esgotamento de instância administrativa, como requisito para propositura de ação judicial, haja vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que deriva do direito constitucional fundamental de acesso à justiça.

Frise-se que não se reconhece, ante a unicidade de jurisdição adotada pela Constituição da República, *acesso à justiça pela via administrativa*, valendo trazer à colação a lição de Carneiro:

Nos países que seguem o sistema da unidade da jurisdição (sistema “inglês”, igualmente adotado em linhas gerais nos EUA, nos países latino-americanos e em países sob influência cultural britânica), impõe-se plenamente a regra do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário. No sistema da dualidade da jurisdição (sistema “francês”), aqueles litígios (geralmente os referentes a atividades de serviço público) em que for parte a administração (ou suas autarquias) são apreciados não por órgão do Poder Judiciário, mas por “tribunais” integrados na estrutura do próprio Poder Executivo. E esses “tribunais” decidem com eficácia vinculativa plena. i.e., suas decisões transitam materialmente em julgado, não podendo a questão ser reexaminada pelo Poder Judiciário. Tais “tribunais administrativos”, pois, “exercem jurisdição”. É o contencioso administrativo propriamente dito. (CARNEIRO. A., 2002, p. 35).

Ocorre que no Brasil, o Poder Judiciário tem como uma de suas atividades precípuas – haja vista que o maior número de ações judiciais do país tem como parte o Poder Público – o exame, revisão e controle de atos administrativos, não se permitindo a blindagem do Poder Executivo, obtida na França.

Tsoutsos salienta que a jurisdição administrativa foi estabelecida na França justamente com essa finalidade:

[...] à cause d'une mauvaise expérience Du passe, spécialement de l'activité abusive dès Parlements à l'ancien regime, cette crainte a conduit à une séparation rigide dès pouvoirs et á La protection Du fonctionnement de l'administration par La défense aux tribunaux ordinaires de juger lès affaires concernant l'administration. [...] (TSOUTSOS,1964, p. 55)³⁹

Todavia, a ideia de esperar que o particular, a semelhança do que há no habeas data, realize requerimento na esfera administrativa e aguarde por tempo mínimo razoável, antes de ingressar em juízo (dez dias no caso do habeas data, como já estudado neste trabalho), não pode ser considerada restrição ao acesso à justiça.

A indagação que tem lugar, nesse contexto é se o direito de acesso à justiça corresponde ao direito de ter uma pretensão legítima tutelada ou o simples direitos de ter uma resposta a um pedido feito ao Poder Judiciário, que nesta segunda hipótese, poderia ser temerária e deliberadamente provocado, ao alvedrio do particular, ainda ausente o já examinado interesse processual.

Evidente que as limitações ao acesso à justiça devem ser razoáveis, como ensina Mendes (2009, p. 327/328):

O texto constitucional não prevê, de modo expresse e geral, pressupostos processuais ou condições da ação, o que já denota que as limitações infraconstitucionais impostas deverão ser comedidas e ter por finalidade o cumprimento do comando expresse na Carta Magna. Portanto, não poderão representar denegação de justiça e deverão servir exatamente aos escopos constitucionais do acesso à ordem jurídica justa e da duração razoável do processo. Sendo assim, a exigência dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como a solução diante da inexistência destes requisitos, devem estar pautadas pelo acesso à justiça e pela economia processual.

Dessa forma, há várias unidades administrativas que estão aparelhadas e aptas a prestar com bastante eficiência um grande número de informações e

³⁹ Tradução: [...] por causa de más experiências do passado, especialmente a atividade abusiva do Parlamento no antigo regime, esse medo tem levado a uma rígida separação de poderes e à proteção do funcionamento da defesa da administração dos tribunais comuns para as questões relativas à administração. (tradução nossa)

serviços, relevantes para os processos judiciais. Muitos órgãos públicos, como a Receita Federal, o Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério do Trabalho, disponibilizam inclusive informações da rede mundial de computadores. Também entidades que desempenham atividades públicas, como Juntas Comerciais, serviços de proteção ao crédito e cartórios extrajudiciais, entre outras, têm vias suficientemente ágeis, para permitir que as partes possam obter informações necessárias à preparação da demanda, sem com isso retardar a tutela jurisdicional.

Soma-se a isso uma infinidade de outras providências administrativas e extrajudiciais que podem ser adotadas para preparação de demandas judiciais, que dispensarão o gasto de tempo e custo do processo, beneficiando a todos.

Compreenda-se que não se cogita de *instância administrativa obrigatória*, esta sim manifestamente violadora do direito fundamental constitucional de acesso à justiça, cuja inteligência é que não pode a lei impor restrição ou condição ao exame de questão pelo Poder Judiciário.

Uma coisa é exigir que a parte – que possa, evidentemente – providencie um documento ou faça um requerimento administrativo, outra é obrigá-la a submeter-se indefinidamente à morosidade ou alvedrio da administração pública, aguardando resposta; depender da administração pública para ter acesso à justiça consistiria em patente violação de direito fundamental.

Assim, se a previdência social for capaz de fornecer informação por seu *site*, sistema informatizado ou outra via que *inclua* que não domina essa tecnologia, de forma eficiente, não viola o direito de acesso à justiça perquirir a parte sobre porque não realizou tal diligência, quando preparava a demanda. Contudo, se o poder público não disponibiliza meio ágil e digno de obtenção de informação – inadmissíveis *filas imensas* ou *horas de espera* – ou se a parte, por sua condição especial, teria dificuldade em obtê-la, neste caso é justa a dispensa de tal providência prévia.

O mesmo vale para o procedimento administrativo. Atualmente, no Estado do Rio de Janeiro, o Departamento de Trânsito – Detran, funciona com alguma eficiência, viabilizando com celeridade razoável os registros de veículos, transferências e demais atos que lhe cabem; na há motivo para não se indagar a parte que formule pedido deste na justiça contra o Detran, sobre se tentou efetivar diretamente junto ao órgão sua pretensão. Evidente, uma vez mais, que afirmada a impossibilidade justificada ou resistência ilegítima do órgão ao requerimento, não se

pode exigir da parte prova impossível ou condescendência com a má prestação do serviço, cumprindo ao Poder Judiciário atuar no caso concreto.

7.4 Procedimentos extrajudiciais preparatórios vinculantes

A previsão de notificações extrajudiciais e orientação formal para que as partes sejam respondidas, como ônus pré-processual da parte adversa, apresenta-se como interessante possibilidade na preparação da demanda. O reconhecimento do referido ônus de reposta confirma a ideia traçada de que a preparação da demanda compreende atos de ambas as partes. A sanção corresponde a não observância do ônus.

Nesse passo, à semelhança do que fez o legislador nos procedimentos examinados no capítulo sobre filtros legítimos presentes na legislação vigente, outras normas podem e devem ser estabelecidas em lei, regulando atitudes na fase pré-processual e estabelecendo efeitos correspondentes na fase processual.

Exemplifica-se com pretensões reintegratórias e reivindicatórias, em que o tempo comprovado desde a solicitação extrajudicial de restituição do bem e a apuração do direito de retomada, deveria influir diretamente no prazo de desocupação – assim como a eventual antecipação de tutela e suspensividade do recurso – como ocorre expressamente no procedimento de despejo.

A constituição em mora, havida como efeito da citação, deveria sempre ser considerada, a partir da comunicação extrajudicial, para todos os efeitos materiais e processuais.

Também procedimentos em que há em todos os casos um grande volume de providências extrajudiciais – como ações de inventário e usucapião – poderiam ter com mais clareza e homogeneidade identificados os atos pré-processuais mais relevantes, em todos os casos com efeitos validados no processo.

Há, por fim, os atos praticados pelos advogados, que desde que registrados de forma segura e atenderem plenamente à finalidade processual, devem sempre produzir efeitos plenos no processo, independentemente de se tratar de colheita de depoimentos, intimações ou outros atos normalmente estatais.

7.5 Protocolos de contato e prova

Ponto primordial para a evolução da cultura jurídica e social no trato da preparação da demanda, na fase pré-processual – assim compreendido o período entre o surgimento do conflito e o eventual ajuizamento de ação – consiste da emissão, à semelhança do direito inglês, de orientações às partes e advogados, sobre qual deve ser a sua conduta nessa etapa.

Adotando a terminologia precisa do sistema inglês, a hipótese mais interessante seria desenvolver, a partir do já examinado artigo 107 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, *protocolos pré-processuais* brasileiros, que servissem de orientação, tanto genérica quanto específica, sobre como proceder antes de deflagrar uma ação judicial.

Afigura-se fundamental a legitimidade dos institutos de regulação pré-processual, não sendo interessante a estipulação unilateral e autoritária de órgãos governamentais, como Agências Reguladoras⁴⁰ ou o Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor (Procon), que no Estado do Rio de Janeiro, que passou a ser uma autarquia por força da Lei Estadual nº 5.738/10.

Interessa que a sociedade civil, integrada por órgãos não governamentais de representação dos consumidores e cidadãos em geral, e entidades representantes do empresariado, reúnam-se, preferencialmente sob supervisão do poder público, para debater métodos e condutas que devem ser adotados por pessoas físicas e empresas, na hipótese de surgimento de conflitos individuais ou coletivos.

Não se trata de estabelecer procedimentos para-legais processuais, mas de oferecer um *espaço público* (HABERMAS, 2003), que sirva de arena legítima de debate sobre como podem e devem se conduzir as partes, no momento anterior à judicialização do conflito, de forma a não apenas preparar adequadamente uma eventual demanda, como viabilizando entendimentos que possam poupar ambas as partes dos desgastes inerentes a um processo judicial.

Tomamos por empréstimo a expressão habermasiana, para sugerir um ambiente de existência na sociedade moderna, onde as pessoas debatem livremente sobre a regulação do Estado. O espaço público, segundo Habermas, reside na esfera pública, que seria “*uma rede adequada para a comunicação de*

⁴⁰ Apesar da importação do eficiente modelo americano de privatização e regulação, com a criação de agências reguladoras, essas autarquias especiais têm se mostrado ineficientes no cumprimento de suas atribuições, padecendo dos velhos ranços de corrupção e comprometimento com conglomerados financeiros em detrimento do cidadão, o que esvaziou a posição central de gestão dos serviços públicos, que lhe fora reservada inicialmente. Sobre o tema, v. Menezes (2008)

conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 2003).

Algumas instituições, como a Defensoria Pública, sindicatos e eventualmente o próprio Poder Judiciário disponibilizam as chamadas *cartilhas*, com noções sobre como agir diante de questões que potencialmente podem redundar em ações judiciais, todavia, esse mecanismo é insuficiente, a uma, por não emanar de uma fonte legítima, refletindo apenas um entendimento institucional unilateral sobre uma questão, a duas, por não derivar de um acerto multilateral entre os interessados, nem ter respaldo legal, não é dotado de caráter vinculante e dificilmente será respeitado de forma homogênea.

Evidencia-se, pois, a necessidade do Poder Público, seja por órgãos como os Procon, Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça ou qualquer outro com atribuição que reflita na administração da justiça, capitanear a ampla discussão sobre temas relevantes, que se balizados, poderiam eliminar muitos dos problemas do cotidiano judiciário.

Questões que têm sido inclusive objeto de ações coletivas, exatamente em função da multiplicidade de ações individuais, deveriam ser debatidas, fixando-se normas de conduta de parte a parte. Como exemplo, apresentamos a comprovação de requerimento de providências junto a concessionárias de serviço público, que em juízo, reiteradamente afirmam não terem recebido a solicitação; bastaria um ajuste de que todas devem oferecer locais de protocolo acessíveis.

Compreenda-se que a proposta não guarda nenhuma relação com *meios alternativos de solução de conflito* e outros instrumentos – como termo de ajustamento de conduta – para solução *a posteriori* de problemas já existentes. Os protocolos são orientações *in abstracto*, que ilustram de forma simples como uma parte de um conflito deve se conduzir para se comunicar com quem entende que esteja violando seu direito, apurar se efetivamente há resistência à sua pretensão e se não é possível uma resolução extrajudicial, mais rápida e menos desgastante, do que uma ação judicial, e, finalmente, prescrições sobre como efetuar o registro desses atos praticados na fase pré-processual, para que possam ser conhecidos e considerados em juízo.

A regulamentação da conduta pré-processual lastreia-se também no princípio da segurança jurídica, pois as partes sabem como agir diante do conflito e da

perspectiva de ter que litigar em juízo, conhecem antecipadamente suas opções e estão cientes sobre quais comportamentos serão considerados corretos ou incorretos pelo julgador.

Las partes de un proceso civil futuro necesitan claras, expresas y abstractas normas atinentes a la distribución de la carga de la prueba como las relacionadas a la carga de las alegaciones. Ello debido a que las partes procesales, ya al comienzo del proceso, deben presentar los hechos de manera completa, en el sentido de que el actor pueda (o deba) presentar una demanda plausible o susceptible de ser atendida, y en el caso del demandado le sea posible invocar los hechos relevantes para enervar la petición de su adversario. (PRÜTTING, 2006, p. 346).⁴¹

Havendo norma clara sobre como o potencial autor contatar o provável réu, antes do processo, e indicações sobre como efetuar o registro desse contato, ambas as partes perceberam que devem necessariamente se portar com boa-fé, colaborar com o delineamento da demanda, agir de forma ética e leal, não apenas em função de sua índole moral pessoal, mas porque tais comportamentos terão repercussão no exame judicial da questão.

Percepção ampla do acesso à justiça, nas linhas de Melo:

A dimensão do acesso à justiça é muito maior do que se imagina. A garantia constitucional impõe aos poderes públicos o compromisso com o fornecimento de uma tutela jurisdicional de qualidade, capaz de solucionar o conflito de modo adequado e correspondente com os valores essenciais do Estado Democrático de direito. (MELO, 2006, p.690)

Espera-se, pois, que sob o pálio da legitimação do debate com a sociedade e com os demais operadores de direito – que confere credibilidade e respeitabilidade às orientações judiciais abstratas – o Poder Judiciário colabore com a indicação e elaboração de normas que direcionem a preparação da demanda, auxiliando os jurisdicionados a auferirem as vantagens da demanda corretamente preparada e, claro, para que a própria justiça bem prestada.

⁴¹ Tradução: “As partes de um processo civil futuro precisam de regras claras, explícitas e abstratas relativas à distribuição do ônus da prova, bem como os relacionados com a carga de alegações. Isso acontece porque os litigantes, já no início do processo, devem apresentar os fatos na íntegra, de forma que o ator possa (ou deva) apresentar uma demanda plausível ou suscetível de ser atendida, e ao réu seja possível afirmar os fatos relevantes para refutar o pedido de seu adversário”. (tradução nossa)

8 CONCLUSÃO

Dada a complexidade e a riqueza da paisagem que emerge da discussão de uma fase tão pouco examinada pela doutrina tradicional pátria – a fase pré-processual – não há como ter a pretensão de esgotar a matéria, haja vista o estreito objeto deste estudo e o aprofundamento que o tema merece. O mesmo se pode dizer da preparação da demanda, notadamente quanto ao instituto do ônus de preparação adequada da demanda, que se tratou nessas linhas com o objetivo de pesquisa e conhecimento do assunto.

Todavia, algumas conclusões podem ser extraídas do texto e aqui esboçadas.

Antes da deflagração de uma ação judicial, pré-existe à ação um conflito, que evidencia a importância dos atos que antecedem o início do processo para o Direito Processual – e não apenas para o Direito Material – posto que o fluxo do procedimento e a atuação judicial, notadamente a tutela efetiva de eventuais direitos, considerarão também aqueles fatos anteriores.

É fundamental a apresentação destes fatos pré-processuais em juízo, tanto quanto à sua narrativa, quanto à sua comprovação, seja feita de forma completa e organizada, através da petição inicial, que instrumentaliza a demanda em juízo.

Correta a concepção de que pode ser esperada uma adequada preparação da demanda, haja vista que tem uma função social positiva demonstrar aos cidadãos que devem se comprometer com a solução de um conflito de interesse, diligenciando resolvê-lo logo após seu surgimento e não somente após a propositura de uma ação judicial. Existe um *dever ético* – com reflexo legal – que uma pessoa tem de se comunicar com as demais pessoas da sociedade, dialogar e tratar conflitos de interesse antes de entrar em juízo.

Somente é legítima a dedução em juízo de pretensão, que tenha fundamento fático e jurídico, e que não tenha sido atendida, apesar da tentativa prévia, sendo o primeiro ato pré-processual de preparação da demanda o contato com quem violou o direito, que se não atendido e recomposto, será objeto de pedido de tutela judicial. Se uma pessoa sofre um dano e, sem contatar o causador do dano, o aciona na justiça, e este, em sua resposta confessa todos os fatos e propõe-se a corrigir a situação e compor os danos, pode não ter havido conflito e sim *falta de comunicação*.

O contato humano e o diálogo prévios ao procedimento judicial oportunizam o debate saudável sobre o problema, pois a interlocução das partes favorece a solução do litígio, seja quando viabiliza a composição, seja quando economiza o compasso de espera que naturalmente se impõe no início do processo, com a fase de conciliação.

O contato antes da propositura da ação deve ser registrado, inclusive evidenciando eventual recusa de uma das partes a dialogar. Partes que interagem antes da apresentação em juízo da causa, disporão de mais elementos de prova, que robustecem suas teses jurídicas, do que aquelas que proponham a ação precipitadamente.

Estando a pretensão baseada em acervo probatório pré-constituído que demonstre e antecipe as posições adotadas por cada parte no caso concreto, mais efetiva poderá ser a decisão judicial inicial. A pré-constituição dá-se tanto quanto a elementos fáticos, como com relação à demonstração das razões de direito do adversário e fatos contrapostos, que poderão ser alegados pela parte adversa, já que o foram nas tratativas pré-processuais, demonstradas inicialmente pelo autor.

É altamente relevante a preparação adequada da demanda para as decisões iniciais do processo, especialmente se houver pedido de antecipação dos efeitos da tutela. A adequada preparação também influencia o estabelecimento da marcha processual, pelo exercício do poder de adequação do juiz – com a colaboração das partes - poupando-se tempo que seria usado com alegações e provas já trazidas na fase prévia.

É fundamental um tratamento processual diferenciado para a parte que, ciente de que lesou outrem, buscou de boa-fé sanar o problema, corrigir sua conduta e minimizar os prejuízos do lesado, ainda que não o tenha logrado integralmente. A situação jurídica é outra quando a parte, mesmo devidamente comunicada da violação de direito que praticou, optou por quedar-se inerte e persistir na conduta lesiva.

Sendo a conduta da parte processualmente relevante, afigura-se razoável, com base no princípio da segurança jurídica, que sejam conhecidos os padrões que o julgador poderá adotar para afirmar a correção ou incorreção da atuação da parte na fase pré-processual preparatória, bem como devem existir *balizas* para o magistrado, não se justificando deixar o jurisdicionado ao alvedrio do entendimento de cada juiz, sobre como deveria ter agindo num caso concreto. Interessante que

haja disposição legal sobre o modo de agir das partes fora do processo é novidade apenas no âmbito processual, visto que é razoável que o sistema, assim como prevê consequências materiais como resultantes de atos particulares e extraprocessuais das partes – o que se faz no direito material – faça-o prevendo também consequências processuais.

Existe um dever moral, ético e jurídico de proceder com boa-fé e probidade na fase pré-processual – assim considerado o tempo entre a ciência da violação do direito e o ajuizamento da demanda – devendo ambas as partes atuar na preparação da demanda. Há inequívoco *ônus jurídico de preparação adequada da demanda*, tanto para quem pretender propor uma ação, quanto para quem é cientificado de um conflito de interesse, passando a poder ser instado a dialogar sobre o litígio potencial.

Orientações legais sobre como as partes devam atuar na preparação do litígio não podem inviabilizar a propositura da demanda, sob pena de ferimento do direito constitucional de acesso à justiça. Todavia, a parte que deixa de preparar a demanda, deve suportar o ônus processual de sua omissão, sob diversos aspectos.

Não se confundem as condicionantes jurídicas para a admissão de uma demanda em juízo – *filtros* – que podem ser consideradas *legítimas* e aquelas que são *ilegítimas*. Os *filtros legítimos* constituem *exigências razoáveis* a serem cumpridas e, em o sendo, ampliam o acesso à justiça, conferindo viabilidade e efetividade à tutela jurisdicional: a demanda, uma vez proposta, seguirá vigorosamente seu desenvolvimento correto até o final.

Existe um conteúdo mínimo uniforme entre os diversos sistemas processuais, ante o fenômeno sócio-político-social da globalização. O multiculturalismo processual aponta a tendência à globalização e uniformidade de um número crescente de fenômenos jurídicos relevantes, inclusive em matéria processual. O estudo da reforma processual inglesa Inglaterra ocorrida em 1999 é útil na busca de alternativas para evolução do direito processual pátrio, especialmente porque baseada, entre outros fundamentos, na *cooperação dos litigantes*, que seriam co-responsáveis pela solução do processo.

A técnica judicial que foi desenvolvida na Inglaterra, consistente em difundir orientação aos cidadãos sobre como agir na fase pré-processual obteve êxito e pode ser implementada no sistema brasileiro, notadamente a partir do artigo 107 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Os protocolos pré-processuais não

são uma instância administrativa, consistem em normas descritivas de um conjunto de condutas razoáveis que as partes devem ter, no caso de um desentendimento sobre questões fáticas, de relevância jurídica. Estimulam e direcionam as partes para se portarem de forma madura e coerente, comunicando-se, conhecendo as razões e pontos de vista recíprocos, o que tende a facilitar a composição extrajudicial do conflito.

Os protocolos pré-processuais – *pre-action protocols* – são guias para a conduta sobre como os potenciais litigantes devem atuar antes do processo. Esses protocolos foram produzidos em diversos grupos de trabalho de partes interessadas e aprovados pelo órgão regulador do Poder Judiciário na Inglaterra, que colabora para o desenvolvimento dos mesmos. Os protocolos lograram melhorar a comunicação pré-processual entre as partes, estabelecendo um calendário para a troca de informações relevantes para a disputa e fixando normas para o conteúdo da correspondência. A observância dos protocolos permite às partes um juízo de viabilidade de seus casos mais cedo do que tende a acontecer normalmente, pois têm acesso prévio a informações imprescindíveis.

A atividade judicial de exercício do juízo de admissibilidade da demanda é a que traslada as partes da fase pré-processual e à fase processual, verificando se a demanda está regular, se estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação e analisando a viabilidade da demanda. A decisão do juiz que nega a qualidade de demanda a uma petição protocolada não é uma sentença, entretanto, a decisão que a inadmite ou rejeita, indeferindo a petição inicial, essa sim é uma sentença terminativa do processo, sujeita a apelação.

Verificada alguma irregularidade na petição inicial, o juiz faculta à parte o reparo necessário para a superação dos filtros, exercendo em seguida um juízo sobre se houve ou não superação dos filtros, o que faz verificando a presença dos requisitos específicos de admissão da demanda. Se não verificar a regularidade de todos os requisitos de admissibilidade da demanda nem for sanada eventual irregularidade apontada, o processo é extinto, por sentença que inadmite ou rejeita a demanda.

Ante a notória tendência à sumarização da justiça – não olvidando críticas merecidas feitas ao fenômeno, pela redução do caráter garantístico do processo – a petição inicial é alçada à condição de peça fundamental do processo, juntamente com a sentença, não apenas por serem as únicas peças que inevitavelmente

existirão em todos os processo, como pelo fato de que com a instituição de procedimentos cada vez mais sincréticos, com consolidação de atos e fases processuais, há cada vez menos espaço para a articulação de argumentos e produção de provas no processo.

No exame da inicial o juiz apura se, comprovados ao final verdadeiros os fatos alegados, deles derivaria o direito alegado e tem ensejo a tutela pretendida. Observado que dos fatos narrados não deriva nenhum direito, não há porque admitir a demanda e deixar ter curso o processo, o que não se confunde com impossibilidade jurídica do pedido, no plano fático ou jurídico. Enquanto a possibilidade jurídica do pedido é uma qualidade do pedido, a pertinência do pedido aos fatos é uma qualidade da correlação entre os fatos e o pedido, considerados em tese; portanto, um exame em abstrato da regularidade da estrutura da demanda, para definir se é o caso de passar aos níveis lógicos de cognição seguintes, como verificação de que se o que é afirmado é verdadeiro.

Há manifestação de mérito quando o juiz afirma existir ou não direito, em função de certos fatos narrados na inicial e nega definitivamente a tutela jurisdicional pretendida, não podendo a questão ser novamente submetida ao crivo judicial, sob pena de desrespeito à atividade cognitiva e à decisão do juiz que julgou a causa. Há coisa julgada material, que *de lege ferenda* deveria ser reconhecida. Nosso sistema compreende outras hipóteses legais de rejeição liminar da demanda, com preclusão e formação de coisa julgada material, como no caso de embargos à execução e do artigo 285-A, entre outras.

Existindo irregularidade ou não superado um dos filtros existentes na legislação, ainda que seja inadmitida a demanda e indeferida a petição inicial, a mesma poderá ser reapresentada posteriormente e poderá ser admitida, desde que então corretamente preparada; todavia, se o magistrado está diante de todos os elementos suficientes para afirmar que a parte autora não tem direito à tutela jurisdicional, não se justifica que deixe de examinar o mérito e a demanda seja proposta novamente, sob o inconsistente argumento de que não poderia ser formada coisa julgada material.

O direito fundamental de acesso à justiça legitima tentativas de preservar o processo e regularizar uma demanda que padeça de preparação insuficiente, diferentemente do que ocorre na esfera processual penal, onde por ser o processo uma pujante constrição pública contra particular, não deve perdurar ao argumento

de preservação do direito de punir do Estado, salvo quando absolutamente regular. Cabe “trancamento” de ação penal, mas não de ação cível.

A adequada preparação da demanda promove um maior envolvimento das partes na solução de seus litígios, que cientes de que suas atitudes – boas e ruins – terão reflexos concretos num eventual processo e em sua decisão, preocupar-se-ão em se portar de forma adequada com seus semelhantes, bem como compreender a importância de preservar instrumentos de prova e, principalmente, de dialogar com quem lhe impõe lesão ou ameaça a direito, de forma pacífica e aberta.

Na jurisdição exercida pelo Estado há uma imposição externa às partes e invasiva de suas vontades, que lhes atinge sua esfera de direitos, diferentemente nos mecanismos extrajudiciais – notadamente na negociação e mediação – há a livre manifestação das partes, influenciando diretamente na composição do conflito. Embora não se adote uma concepção liberal do processo, vale privilegiar a vontade individual – quando livre, informada e consciente – vislumbrando no fomento ao debate privado, também o amadurecimento da sociedade sendo preferível sempre uma menor intromissão do Poder Judiciário na esfera privada

A preparação da demanda implica evidente aumento das garantias processuais. A comunicação das partes na fase pré-processual maximiza o contraditório, na medida em que é oportunizado ao réu apresentar ao autor suas razões de resistência a sua pretensão, antes mesmo da propositura da demanda. A amplitude de defesa também é maximizada, posto que o réu não apenas conhece os argumentos e fundamentos do pedido do autor antes da propositura da demanda, como dispõe de maior tempo – com mais proximidade da data dos fatos – para iniciar o registro e arquivamento dos meios de provas que serão úteis à defesa de sua tese em juízo.

A economia de atos durante o processo apresenta-se como distintivo positivo do reconhecimento do ônus de preparação da demanda. Além disso, iniciando o processo com os fatos melhor delineados, sendo provável que o acervo probatório já traga a percepção de ambas sobre a situação e o que efetivamente ocorreu, a análise inicial do juiz já se dará sobre elementos de cognição liminar mais completos, o que terá reflexo na qualidade das decisões.

Conhecendo com mais cedo e com mais profundidade o tema que lhe é submetido, dispõe o julgador de mais elementos para definir o planejamento da relação processual, notadamente quanto à utilidade ou não de audiências de

conciliação e instrução, modo e meio de comunicação às partes e interessados, entre outras opções, desde logo poderá ser feito, ajustado o procedimento à demanda, cujas características já foram expostas de início. O julgador considerará com base em provas mais robustas a boa ou má-fé de cada parte, antes e durante o processo, aplicando com pertinência eventuais sanções processuais e materiais.

A idéia de filtros engloba a compreensão de que o direito de ação, como qualquer direito, tem limites. Existe um direito de não ser demandado injustamente. Não é razoável que uma pessoa possa ser deliberada e injustamente posta na condição de réu, ao talante de outrem, sem um mínimo de fundamentos.

Inexistem normas técnicas claras para a formatação de petições em juízo. A padronização de técnicas de apresentação – e que não deve ser em nenhuma hipótese confundida com padronização de conteúdo jurídico – deve ser buscada, pelos benefícios na administração da justiça, sempre sem prejudicar o acesso à justiça, especialmente diante da virtualização do processo e disseminação do uso da informática.

Destaca-se o caráter dialético do processo. A qualidade da decisão judicial é resultado do conhecimento técnico do magistrado e dos advogados, coordenado com uma boa preparação da demanda e uma instrução adequada: a sentença final é produto da cooperação de todos os sujeitos do processo.

Uma boa preparação da demanda, com um pedido bem formulado aumenta a possibilidade de uma decisão que realmente satisfaça a parte no mundo dos fatos. Em sentido oposto, uma demanda mal elaborada, dificulta a prestação jurisdicional e pode inclusive induzir magistrado a erro, mesmo sem má-fé da parte. Um pedido incompleto pode dar azo a uma decisão que não resolva o problema da parte, exigindo-lhe um novo processo, mais tempo e mais desgaste.

A falta de documento que apto a ser produzido na fase pré-processual e apresentado com a inicial, quer pela preclusão, quer pela presunção de sua inexistência e o julgamento antecipado da lide, pode ensejar uma decisão dissonante da realidade, embora em perfeita com o que consta dos autos.

Cumpra-se à parte e a seu advogado preparem bem a demanda, disponibilizando todo o material probatório existente e relevante, estudando o advogado a correlação dos fatos com o direito e as interpretações judiciais, tudo como parte do trabalho de cooperação com o juízo, para a prolação de uma decisão correta.

A parte que não coopera, age em desacordo com o princípio da boa-fé e da lealdade processual, enveredando pela litigância de má-fé e abuso do direito. As partes e o juiz devem se esclarecer reciprocamente e ao juiz seus pontos de vista; o juiz deve prevenir as partes quanto às possíveis consequências jurídicas de suas condutas e indagá-las sobre pontos da disputa relevantes para o julgamento da causa, antes de utilizá-los como fundamento de suas decisões, bem como cumpre ao magistrado auxiliar as partes, removendo obstáculos ao pleno exercício de seu direito de ação ou defesa, inclusive suprindo as omissões na preparação da demanda.

A fase pré-processual e o processo devem se orientar pelo diálogo e comunicação entre os sujeitos processuais, privilegiando tais aspectos em detrimento de um enfoque estratégico ou duelístico.

A autocomposição voluntária é um meio socialmente mais maduro de resolução de conflitos, pois estimula as partes a compreenderem todos os aspectos da relação – inclusive aqueles que são relevantes para seu oponente – em lugar de lhes permitir a cômoda visão unilateral do postulante, que pede e espera o provimento jurisdicional, pelo qual, psicologicamente, não se sente responsável. O contato dos interessados antes da propositura da demanda, mesmo que em razão da preparação desta, à semelhança do que ocorre na *discovery* americana ou na *disclosure* inglesa, evita que as partes iniciem o processo sem nunca antes terem travado um contato pessoal, muitas vezes não se conhecendo ou sequer tendo comunicado para tentar resolver extrajudicialmente o conflito.

Há demandismo irresponsável quando partes provocam o judiciário em situações em que isso não seria necessário, notadamente se o fazem com base em fatos que, mesmo para um leigo seriam evidentes as alternativas a ação judicial. Os filtros são mecanismos que inibem uma atuação irresponsável de quem queira deliberadamente e sem justo motivo, propor uma ação contra outrem.

Os filtros podem auxiliar a gestão do elevado volume de processo, visando a viabilizar seu processamento, aceitando demandas que seja aptas e conseqüentemente possam tramitar com eficiência, e estimulando que demandas ainda não bem preparadas o sejam, em seu próprio benefício. Não é razoável a existência de filtros meramente defensivos (à semelhança da jurisprudência defensiva, sem fundamento legítimo ou que neguem o acesso à justiça da parte ou profissional que não disponha de meios para preparar a demanda adequadamente.

É importante analisar alguns filtros existentes na legislação brasileira, ante a tendência histórica de evolução processual pátria, em que se verifica que institutos inovadores são, normalmente, inseridos na legislação em procedimentos especiais e, diante de seu sucesso, culminam por ser disseminados no procedimento comum.

As despesas processuais podem ser classificadas como filtros à propositura da demanda, visto que em nosso sistema são antecipadas e, se não o forem, a demanda não é admitida, sendo o processo extinto sem o julgamento do mérito (cancelada a distribuição). A exigência do pagamento das despesas processuais, como requisito para a prestação jurisdicional é inconstitucional, por ser a jurisdição um dever político do Estado Democrático de Direito, que não pode negá-lo por razões pecuniárias.

A liberação do dever jurídico custear o processo é um direito que somente é legítimo para aqueles que reúnam os requisitos para sua fruição, quais sejam, precisar propor uma ação e não poder suportar as respectivas despesas. Ocorre que o abuso do direito de gratuidade de justiça quando o pálio da isenção de despesas é utilizado para a propositura de ações temerárias ou inviáveis.

A isenção de custas, quer nas hipóteses de competência dos juizados especiais, quer nos casos de gratuidade de justiça, tem funcionado como um estímulo à propositura de ações judiciais em lugar de se buscar soluções extrajudiciais. Não se pode confundir a desejada amplitude do acesso à justiça, que consiste em viabilizar com tranqüilidade a análise pelo Poder Judiciário de casos que efetivamente necessitem de intervenção judicial, com transformar o Poder Judiciário em um mero intermediário de quem pode, mas não quer diligenciar para contatar a pessoa física ou jurídica que não se recusará a atender sua pretensão, previamente à propositura de uma ação judicial.

As despesas de quem deu causa ao processo – resistindo à pretensão legítima da parte vencedor – e restou vencido, não merecem mesmo qualquer ressarcimento, contudo, fere o sentimento de justiça do jurisdicionado leigo, que mesmo tendo razão em sua pretensão ou defesa, e findando vitorioso no processo, não haja ressarcimento de suas despesas contratuais com seu advogado. Esta situação é um filtro ilegítimo, pois quem tem um direito violado, sabe de antemão que, mesmo que obtenha a vitória no processo, não será ressarcido inteiramente pelas despesas com advogado.

Funciona a obrigatoriedade de patrocínio como filtro que impede a propositura de ações sem chance de êxito, presumindo-se que o advogado conhece o direito e tem como mensurar as reais possibilidades de êxito de uma pretensão. A obrigatoriedade de que a defesa do réu seja feita através de advogado, assegura a amplitude de defesa e o exercício pleno das garantias processuais. A efetividade deste filtro depende da responsabilidade profissional do advogado, que tem o dever, não apenas de alertar o cliente quanto à eventual inviabilidade de uma pretensão, como mesmo se negar a representá-lo, em ação fadada ao insucesso. Nos juizados, em causas de valor até vinte salários mínimos nacionais, não há o filtro técnico do exame prévio da pretensão por advogado, assim como inevitavelmente a demanda será apresentada em juízo, sem que a fase pré-processual tenha sido conduzida por profissional habilitado.

A ética é um valor imprescindível que deve permear todas as atividades humanas, especialmente as profissionais. A função do advogado deve ser desempenhada com elevada atenção aos princípios éticos que norteiam essa função. O princípio da lealdade entre as partes, consectário da boa-fé, informa a atividade pré-processual, permitindo o estabelecimento de uma relação de índole processual extrajudicial ou pré-judicial.

Cumprido ao advogado, na fase pré-processual, orientar corretamente a parte, esclarecendo seus direitos, suas alternativas, os riscos de uma demanda judicial e, principalmente, gerenciar para a parte a preparação da demanda. Se o advogado não prepara corretamente a demanda, tem responsabilidade funcional sobre os problemas que possa causar à parte e à justiça, por sua conduta.

A comprovação documental do direito ao benefício de gratuidade é exigível, pois isenta a parte de responsabilidade com o Poder Público e com a parte adversa – no caso de não ser acolhido o pedido – sendo razoável que quem tenha que suportar as despesas em função da gratuidade concedida a outrem Estado e adversário – faça-o somente se devidamente comprovada a situação de hipossuficiência econômica. O direito à gratuidade de justiça pode ser parcial e até relativo, existindo somente quando, ponderada a situação financeira da parte e as despesas processuais, a exoneração completa destas for condição para assegurar a o acesso à justiça.

No ato de propositura da ação, há para o autor o ônus probatório mínimo inicial de demonstrar, ainda que indiciariamente, os fatos constitutivos do direito

alegado. Esse ônus corresponde a uma parcela do ônus probatório, presente em todo o processo desde seu início, com a apresentação da demanda. Se para a parte e seu advogado existe um ônus de preparar adequadamente a demanda, ao juiz cabe o dever de verificar se a demanda foi correta e suficientemente preparada.

Há procedimentos prévios, preparatórios à ação judicial na legislação vigente, que comumente não são classificados e estudados sob uma mesma categoria, apesar de serem todos preparatórios e pré-processuais. A notificação prévia na alienação fiduciária e no arrendamento mercantil, a notificação para extinção de comodato, a consignação em pagamento extrajudicial, o embargo extrajudicial de nunciação de obra nova, a recusa anterior ao habeas data, os documentos de acesso público, a memória de cálculo, entre outros, podem ser agrupados sob a classificação de atos preparatórios.

Os modelos-formulários auxiliam advogados e partes na indicação das informações imprescindíveis, visto que há espaços a serem preenchidos, com indicação do que deve constar em cada um, evitando que a demanda seja proposta sem que todos os fatos e informações essenciais sejam expostos. Modelos são atualmente compatíveis com a informatização do processo, não por uma indesejável desumanização da atividade judicial, mas pela padronização da atividade procedimental, preservando-se o tempo dos operadores do direito para a análise da questão fática e jurídica em discussão.

Todo instrumento processual – inclusive modelos – somente tem lugar como catalisador do acesso à justiça e das garantias processuais. Não se pode associar jamais padronização com ausência de exame individual de cada pretensão; o objetivo do instituto é facilitar o exame individual e não dispensá-lo, com a aplicação irresponsável de uma solução homogênea, sem perquirição de eventuais distinções e peculiaridades de cada caso aproximado.

Não viola o sistema jurídico a concepção de que é razoável esperar que o particular diligencie administrativamente para ver atendida sua pretensão, antes de ingressar em juízo. O Poder Público, em muitas de suas funções e órgãos, disponibiliza setor de acesso ao cidadão, inclusive com procedimentos estabelecidos para requerimentos, que, em alguns casos, são atendidos com suficiente eficiência.

Não se pode impor ao interessado a submissão ou esgotamento de instância administrativa, como requisito para propositura de ação judicial, haja vista o princípio

da inafastabilidade da jurisdição, que deriva do direito constitucional fundamental de acesso à justiça.

A previsão de notificações extrajudiciais e orientação formal para que as partes sejam respondidas, como ônus pré-processual da parte adversa, apresenta-se como interessante possibilidade na preparação da demanda, especialmente porque a preparação da demanda compreende atos de ambas as partes. Os atos praticados pelos advogados, desde que registrados de forma segura e atendendo plenamente à finalidade processual, devem produzir efeitos plenos no processo, independentemente de se tratar de colheita de depoimentos, intimações ou outros atos normalmente estatais.

Seria interessante desenvolver no Brasil, a partir artigo 107 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, protocolos pré-processuais brasileiros, que servissem de orientação, tanto genérica quanto específica, sobre como proceder antes de deflagrar uma ação judicial. Afigura-se fundamental a legitimidade dos institutos de regulação pré-processual, não sendo interessante a estipulação unilateral e autoritária de órgãos governamentais, mesmo que judiciais. Interessa que a sociedade civil, integrada por órgãos não governamentais de representação dos consumidores e cidadãos em geral, e entidades representantes do empresariado, reúnam-se, preferencialmente sob supervisão do Poder Público, para debater métodos e condutas que devem ser adotados por pessoas físicas e empresas, na hipótese de surgimento de conflitos individuais ou coletivos.

Estas foram as principais conclusões deste estudo da fase pré-processual, que por se reconhecer neste momento que antecede o processo, especial relevância para o desenvolvimento da relação processual, entende-se merecer análise e regulação à luz dos princípios e normas processuais.

A compreensão do ônus processual de preparação da demanda e seu reflexo na superação dos filtros legítimos à propositura de ações judiciais, integra o conceito que elabora com nuances o juízo de admissibilidade da ação cível, que está a merecer da doutrina mais enfoque, à semelhança do que ocorreu com o juízo de admissibilidade da ação penal.

Por outro lado, a experiência forense, no Brasil e no mundo, tem demonstrado que estamos assistindo a uma sumarização da justiça (RICCI, 2011), em que procedimentos de tutela diferenciada, notadamente mais ágeis e específicos, embora com um grau de cognição menor e menos plenos de garantias, têm sido

adotados preferencialmente, em função da celeridade, quer pelas deficiências estruturais do Poder Judiciário, quer pelo dinamismo das relações sociais.

Patente que nesse cenário minimalista do interprocessual, onde o processo é composto por uma petição ou duas peças, e uma decisão, que essas peças devem ser minuciosamente preparadas. A adequada preparação da demanda, como instrumento apto a fornecer ao Poder Judiciário, todos os elementos para uma cognição suficiente para tutela célere e breve do direito, porém correta e segura, ganha suma importância.

A merecida e crescente valorização da atividade da advocacia, que se desloca da mera posição de representante judicial, para assumir sua função constitucional de colaboração com a *Justiça* – e não apenas com o Poder Judiciário – é um signo dessa nova etapa do processo. O advogado não apenas assessora em questões de direito, mas também fomenta a comunicação com a parte adversa, encaminha e participa da autocomposição e orienta a preparação da demanda.

Nessa perspectiva sumária do processo, em que tremem os defensores da valiosa oralidade vaticinada por Chiovenda (1928), com receio de indesejável retrocesso garantístico, o *diálogo humano* evidenciado por GRECO (2006), desloca-se, em parte, para a fase pré-processual, quando as partes têm um contato direto e inicial, ainda sem as amarras, desgastes e riscos do processo.

Nesse passo, não se pode olvidar que as balizas do desenvolvimento do futuro processo judicial: a *extrajudicialização*, a *coletivização*, a *autocomposição* e a *informatização* (MENEZES, 2011), cumprindo direito processual verter generosa atenção à fase pré-processual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *O Princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos*. Inédito. Rio de Janeiro, 2010.

ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos de; BACELLAR, Roberto Portugal. *O modelo restaurativo para a solução adequada de conflitos, no contexto dos Juizados Especiais Criminais e das Varas de Infância e Juventude*. Inédito. Rio de Janeiro, 2010.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a Utilização Racional dos Poderes do Juiz como Forma de Obtenção da Tutela Jurisdicional Efetiva, Justa e Tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System*. United States: Oxford University Press, 2003.

_____. *Arbitration and mediation in England*. Revista de Processo. São Paulo, n. 175, set/2009a.

_____. *O moderno processo civil : formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Teresa Arruda Alvim Wambier (Trad.). São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2009b.

ARAGÃO, Égas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil.– arts. 154 a 269*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2005. Volume 2.

_____. *Demasiados recursos?* In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado et al. (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil : Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda* in FUX, Luiz et al (Coord.). *Processo e Constituição : Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010. v. 1

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo : Hedra, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *O código modelo na América Latina e na Europa : Relatório brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo. n. 113, 2004.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2006.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória : tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BODART, Bruno; ARAUJO, José Aurélio de. *Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana* : sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. Inédito.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo. n. 190, set/2010.

BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do Juiz no processo civil*. São Paulo : Saraiva, 2000.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno* : contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILHA, Roberto E.. *Negociación y Mediación* – instrumentos apropriados para la abogacía moderna. 2ª Edición : Ad-Hoc, 2006.

CALMON, Petrônio. *Por uma teoria crítica do direito processual* In GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coordenadores). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2ª ed. Salvador : Podium, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freias. *Lições de Direito Processual Civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2011.

CAMPELO, Luiz Fernando. *Vantagens da autocomposição*. Inédito.

CANOTILHO, j.j. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (colab). *Acesso à justiça* : Introdução geral aos volumes da série Acesso à Justiça do “Projeto de Florença”. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris, 1998.

CARBONE, Alberto Carlos. *Cargas probatorias dinâmicas* : uma mirada al derecho comparado y novedosa ampliacion de su campo de accion. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba. n. 35, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 12ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002a.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça* : juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v.1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHIOVENDA, Guiuseppe. *Princípios de Derecho Processal Civil*. v. 1. Tradução Espanhola. Madrid: s.n., 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*, 4ª Edizione. Napoli : Jovene, 1928.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority : A comparative approach to the legal process*. United States : Yale Univesity, 1986.

DIDIER Jr., Fredie *Curso de direito processual civil : teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador : Podium, 2008. v. 1.

DINAMARCO. Candido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

DWYER, Déirdre. *The civil procedure rules ten years on*. United States : OXFORD University Press, 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A iniciativa judicial e prova documental procedente da internet* In MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDENTHAL, Jack H; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4th Edition. United States : Thomson West, 2005.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil : Processo de conhecimento*. 4ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 2008. v. 1.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio da adequação formal do direito processual civil português*. Revista de Processo. São Paulo, 2008. . n. 164.

GODINHO, Robson Renalt. *Uma leitura constitucional da admissibilidade da demanda e da distribuição do ônus da prova* In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coordenadores). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2ª ed. Salvador : Podium, 2009.

GÓMES, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis : Vozes, 2000.

GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental*, Coimbra: Almedina, 2006.

GOUVEIA. Lucio Grassi de. *A função legitimadora do principio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. n. 172.

GRECO, Leonardo. *Acesso à Justiça no Brasil*. Revista de Ciências Sociais da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 1997.

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

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo* In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005a.

_____. *O acesso ao Direito e à Justiça* In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005b.

_____. *O princípio do contraditório*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, 2005c. n. 24.

_____. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Revista CEJ, 2006. n. 35.

_____. *O conceito de prova* in *Estudos de Direito Processual* In *Estudos de direito processual : homenagem ao Professor Égas Dirceu Moniz de Aragão*. MARINONI, L.G. (Coord.). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Atos disposição processual : primeiras reflexões* in Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais In MEDINA, José Miguel Garcia et al. *Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008a.

_____. *Publicismo e privatismo no processo civil*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b. n. 164.

_____. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

_____. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrine. *O controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Revista de Processo. São Paulo, 2008. n. 164.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.), 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4º ed. São Paulo : Positivo, 2009.

JOLOWICZ, John Anthony. *Justiça substantive e processual no processo civil : uma avaliação do processo civil*. Revista de Processo. São Paulo, 1990. n. 135.

KANE, Mary Kay. *Civil Procedure*. United States: Thompson/West, 2003.

LAMEIRAS, Luís Brites. *Comentários ao regime processual experimental*. Coimbra : Almedida, 2007.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Buzaid, Alfredo (Trad.). Rio de Janeiro : Forense, 1945.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. Tocantins: Intellectus, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2008. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas : Millennium, 1998a. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas : Millennium, 1998b. v. 2.

MARTINS, Nadia Bevilaqua. *Resolução alternativa de conflitos : complexidade, caos e pedagogia*. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, Raphael Magalhães. *O Princípio da Confiança Legítima e o Enunciado nº 362 do Conselho da Justiça Federal da IV Jornada de Direito Civil*. Revista CEJ. Brasília, 2008. n. 40.

MEDINA, J. M. Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. Revista de Processo (s.n.). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo* In FUX, Luiz et al. *Processo e Constituição : Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O acesso à justiça e as condições da ação*. Revista de Processo, Ago/2009. n. 174.

MENDONÇA, Luís Correia de. *Processo civil líquido e garantias : o regime processual experimental português*. Revista de Processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. n. 170.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *Justiça coletiva numa sociedade de massa*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, 2008. n. 77.

_____. *A atuação do juiz na direção do processo* In FUX, Luiz (Coord.). *Reflexões sobre o novo processo civil : direito em expectativa*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II. Forense: São Paulo, (1975).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A duração dos processos*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul nº 98. Porto Alegre : Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005a.

_____. *O neoprivatismo no processo civil* in Revista de Processo nº 122, Ano 30, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005b.

_____. *O novo processo civil brasileiro : exposição sistemática do procedimento*. 28ª ed. Forense : Rio de Janeiro, 2010.

_____. *Temas de Direito Processual : A desinformação jurídica*. Sexta Série. São Paulo : Saraiva, 1997a.

_____. *Temas de Direito Processual : A linguagem forense*. Sétima Série. São Paulo : Saraiva, 2001.

_____. *Temas de Direito Processual : Duelo e processo*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004b.

_____. *Temas de Direito Processual : Efetividade do processo e técnica processual*. Sexta série. Rio de Janeiro : Saraiva, 1997b.

_____. *Temas de Direito Processual : O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora*. Sétima Série. Rio de Janeiro : Saraiva, 2001.

_____. *Temas de Direito Processual : O processo, as partes e a sociedade* in Temas de Direito Processual. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004a.

_____. *Temas de Direito Processual : O processo, as partes e a sociedade*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004e.

_____. *Temas de Direito Processual : O processo civil brasileiro entre dois mundos*. Oitava Série. São Paulo : Saraiva, 2004d.

_____. *Temas de Direito Processual : O processo civil contemporâneo*. Nona Série. São Paulo : Saraiva, 2007.

_____. *Temas de Direito Processual : O que deve e o que não deve figurar na sentença*. Oitava Série. São Paulo : Saraiva, 2004c.

_____. *Temas de Direito Processual : Reformas processuais e poderes do juiz*. Oitava Série. São Paulo : Saraiva, 2004f.

_____. *Temas de Direito Processual : Sobre pressupostos processuais*. Quarta Série. São Paulo : Saraiva, 1989.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Justiça no Brasil : barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos*. Revista de Processo. São Paulo, março/2010. n. 181.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo : Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Revista dos Juizes do Rio Grande do Sul Porto Alegre, n. 90, Jun/2003.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. *(O) Direito do trabalho contemporâneo : efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: L Tr, 2010.

PAULA JUNIOR, Aloysio Libano de. *A Experiência Probatória no Direito Americano e no Brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo*. Ed. Forense: São Paulo, (1975). v. 3.

PEREIRA, Jane Gonçalves. *Apontamento sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares* In BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional : ponderação*. Direitos fundamentais e relações privadas, 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 119/192.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2010.

PRÜTTING, Hanns. *La obtención de información en el proceso civil a través de los nuevos deberes de presentación de documentos* In MARINONI, L.G. (Coord.). *Estudos de direito processual : homenagem ao Professor Égas Dirceu Moniz de Aragão*. RAGONE. A.P. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2ª ed. São Paulo : Ática, 2000.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. 4ª ed.. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

RICCI, Edoardo F. *Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro do direito processual italiano* In MARINONI, L.G. (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Princípio do contraditório e questões que o juiz deve propor de ofício* In FUX, Luiz et al (Coord.). *Processo e Constituição : Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Felipe Borring. *Desmistificando os fantasmas : formalismo, idealismo e pragmatismo nos juizados especiais cíveis estaduais* In MIRANDA NETTO. Fernando Gama de e ROCHA. Felipe Borring (org.). *Juizados especiais cíveis : novos desafios*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Advocacia : serviço público e função social* In FUX, Luiz et al (Coords.). *Processo e Constituição : Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

SAUSEN, Dalton. *Reflexões sobre a justiça atual* : a insuficiência/ausência dos critérios de justiça almejados e os instrumentos de estandarização e bloqueio de acesso à justiça. *Revista de Processo*. São Paulo, janeiro/2010. n. 179.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 1994. v. 1.

SCURO, Pedro; SLAKMON, C.; BOTTINI, P. C.; MACHADO, M.R.. *Justiça restaurativa* : desafios políticos e o papel dos juízes In SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P.C.. (Org.). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. 1ª ed. Brasília, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Rio de Janeiro : Forense, 2002a.

_____. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002b. v.1.

_____. *Da função à estrutura*. *Revista de Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. n. 158

SILVEIRA, Gláucio Inácio da. *O ativismo judicial no direito comparado*. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande Sul*. Porto Alegre, Junho/2008. n. 110

SLAIBI FILHO, Nagib. SÁ, Romar Navarro de. *Sentença Cível* : fundamentos e técnicas. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa : Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos direitos* : perfis comparativos. *Revista de Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. n. 59.

_____. *Dimensões transculturais da justiça civil*. *Revista da Esmape*. Recife, 2000. v. 5. n. 11.

_____. *Abuso de direitos processuais* : padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). Barreiros. L. M. S. (Trad.). *Revista de processo*. São Paulo, novembro/2009. n. 177.

TAVARES, Fernando Horta. *Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente*: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitório. *Revista de Processo*. São Paulo, março/2010. n. 181.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé e o papel do juiz*. In MARINONI, L.G. (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. n. 167

TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade* In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TSOUTSOS, G. Athos. *Les notions d'administration et de La juridiction*. Paris: s.n., 1968.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação* In Flávio Luiz Yarshell et al. (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo : DPJ, 2005.