

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual civil

Mona Lisa de Aquino Souza

**O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL MEDIANTE A
PROMESSA DE RESTRIÇÃO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

Brasília
2011

MONA LISA DE AQUINO SOUZA

**O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL MEDIANTE A
PROMESSA DE RESTRIÇÃO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Professor orientador: Dr. Jorge Amaury Maia Nunes.

Brasília
2011

MONA LISA DE AQUINO SOUZA

**O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL MEDIANTE A
PROMESSA DE RESTRIÇÃO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Professor orientador: Dr. Jorge Amaury Maia Nunes.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Há tempo, a sociedade brasileira clama por um judiciário mais célere e eficiente. Isso tem ocasionado uma busca incessante pela tão prometida celeridade processual, sendo elevada à garantia fundamental pela emenda constitucional nº 45 de 2004, consistindo-se em desígnio de inúmeras alterações feitas no Código de Buzaid e, mais recentemente, a ponto de servir como principal escopo para criação de um novo Código de Processo Civil, o projeto de lei do senado nº 166/2010, pendente, até a data de apresentação desse trabalho, de aprovação pela Câmara dos Deputados. Para consecução desse fim, o agravo de instrumento está sofrendo restrições, estas mais tênues do que há muito tempo se alarmava, mas é necessário observar que é comum a preocupação da doutrina com o uso do mandado de segurança como substituto recursal. Assim, esse trabalho terá como objeto de estudo a análise da possibilidade de aumento das interposições de mandados de segurança se o texto atual do novo código de processo civil prevalecer.

Palavras-chave: princípio da celeridade processual; projeto de lei do senado Nº 166/2010; agravo retido; agravo de instrumento; mandado de segurança; sucedâneo recursal.

ABSTRACT

It's been a long time the Brazilian society requests for a more fast and efficient judiciary. This has occasioned an incessant search for the long-promised speedy trial, being elevated to the fundamental guarantee for the constitutional amendment n° 45 of 2004, consisting in the purpose of innumerable alterations made in the Code of Buzaid and, more recently, to the point of serving as main scope to the creation of a new Code of Civil Procedure, the Senate law project n° 16 of 2010, pending approval, until the presentation date of this work, for the House of Representatives. For achievement of this end, the recourse against decisions that don't put an end to procedure is suffering restrictions, more tenuous than it has long been alarmed, but it's necessary to observe that it's common the doctrine concern about the use of the writ to replace the recourse. Therefore this work will have as study object the analysis of the possibility of the writs interpositions increase if the new code of civil action prevail.

Keywords: principle of speedy trial; Bill Project of the Senate N° 166/2010; grievance withheld; interlocutory appeal; writ of mandamus; appellate substitute.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE HISTÓRICA.....	9
2. PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	13
2.1 Consagração do princípio da duração razoável do processo como rol dos direitos fundamentais e a conseqüente perseguição exacerbada pela celeridade processual.....	15
2.2 O Recurso de Agravo sob a Perspectiva do Projeto do Novo Código de Processo Civil.....	17
2.2.1 Breve esboço histórico do recurso de agravo.....	17
2.2.2 As reformas trazidas pelo Projeto de Lei nº. 166/2010 para o agravo de instrumento.....	22
3 MANDADO DE SEGURANÇA.....	31
3.1 Tipos de Ilegalidade e Abuso de Poder que são Passíveis de Mandado de Segurança.....	32
3.1.1 Omissão do juiz.....	32
3.1.2 Juízos exercidos pelo magistrado como antecedente necessários ao seu comportamento no processo – erro <i>in procedendo</i> e erro <i>in judicando</i>	33
3.1.3 Uso do poder jurisdicional para consecução de um fim não judicial.....	36
3.2 Necessidade de prejuízo.....	39
3.3 Direito Líquido e Certo.....	40
3.4 Mandado de Segurança <i>versus</i> Recursos.....	42
3.5 Jurisdição e direito de ação.....	45
4 CRÍTICAS AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PROBLEMA DE INFRAESTRUTURA.....	49
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, esculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.¹

Os motivos que levaram o legislador a erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental mostram-nos uma insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que a jurisdição não deve ser apenas "prestada" pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar este objetivo.²

Atualmente temos a perspectiva da entrada em vigor de um novo código de processo civil, o Projeto de Lei nº 166/2010, aprovado pelo senado e pendente de aprovação pela câmara até o presente momento. O objetivo central do Projeto é estabelecer uma nova sistemática processual, voltada para a simplificação do procedimento e, conseqüentemente, para uma menor duração da lide.

Contudo, se faz necessário indagar se o projeto do Novo Código de Processo Civil será capaz de trazer, senão a almejada celeridade processual, pelo menos uma melhora significativa no tempo de tramitação dos processos.

Outrossim, deve-se levar em consideração a hipótese de que eventuais restrições ao recurso de agravo de instrumento poderão levar ao uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Diante dessas questões, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar que, com a aprovação do atual texto do projeto do Novo Código de Processo Civil, pela Câmara dos Deputados, provavelmente encontraremos na prática forense o uso corriqueiro do Mandado de Segurança para os casos em que não for cabível nenhum recurso.

Para responder a essas questões, o presente trabalho analisará as opiniões doutrinárias sobre o cerne da morosidade do judiciário, mais especificamente, sobre a real capacidade do texto do projeto do novo Código de Processo Civil para

¹ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. *O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo.*

² EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. *O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo.*

alcançar esse objetivo, em especial, no tocante às restrições impostas ao recurso do agravo de instrumento.

Essa análise será realizada através de uma pesquisa bibliográfica do ano de 1983 ao ano 2011, que levará em consideração o posicionamento de doutrinadores há muito tempo consagrados e de alguns outros mais modernos, que são encontrados em livros impressos, artigos e entrevistas disponibilizadas na internet.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE HISTÓRICA

O Código de Processo Civil em vigor sofreu inúmeras alterações ao longo dos 38 anos de vigência, sendo interessante fazer uma breve análise histórica.

O anteprojeto que deu origem ao Código foi elaborado pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, posteriormente Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid. Em virtude disso, alguns o denominam Código de Buzaid.³

O atual Código de Processo Civil de 1973 foi instituído pela Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, substituindo o modelo defasado de 1939, foi enaltecido desde o seu surgimento pela cientificidade de suas disposições. A partir dele, restou construído sistema coerente e racional, de acordo com a melhor doutrina e legislação estrangeira – notadamente alemã e italiana –, embebidas nas concepções do Processualismo (corrente científica que destacava a autonomia do direito processual na Europa), vigentes no Velho Continente do final do século XIX e início do século XX.⁴

A própria modificação da sociedade, repercutindo no processo, determinava a obrigatoriedade de retificações no modelo originário.

Ao todo, desde 1973, foram editadas 65 (sessenta e cinco) leis que alteraram o Código de Processo Civil⁵, 18 delas anteriores à Constituição Federal (CF) de 1988, têm, em conjunto, alterado significativamente o sistema processual projetado por Buzaid.⁶

A superveniência da nova carta constitucional de 1988 trouxe mudanças expressivas no processo civil brasileiro. Contudo, não houve qualquer ruptura dramática no Código de Processo Civil de 1973 com a entrada em vigor da CF/88, e nem mesmo com as reformas do código, desenvolvidas posteriormente. O que se presenciou foi uma adaptação do modelo Buzaid, com forte carga de defesa à segurança jurídica (*rectius*: certeza jurídica), às reivindicações contemporâneas de

³ Esse anteprojeto foi revisto por José Frederico Marques, Luís Machado Guimarães e Luís Antônio de Andrade, e submetido ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 210 de 1972, transformando-se no Projeto de Lei nº 810, de 1972, sendo aprovado e publicado em janeiro do ano seguinte, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1974.

⁴ RUBIN, Fernando. *A onda reformista e a perspectiva de um novo Código de Processo Civil*.

⁵ Interessante notar que no dia 1º de outubro de 1973, antes mesmo de entrar em vigor, o Código já sofreu sua primeira alteração legislativa, por meio da Lei nº 5.925, editada com o objetivo primordial de aprimoramento de redação.

⁶ SENADO FEDERAL. Parecer nº 2010, da Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Civil, páginas 33 a 39.

um processo efetivo, mais preocupado com o resultado do que com a forma utilizada.⁷

Fernando Rubin⁸ entende que houve certa naturalidade do fenômeno de compatibilização da ordem infraconstitucional processual com a ordem constitucional que emergia, isso por observar que as grandes alterações no CPC de 1973 não se deram imediatamente após a entrada em vigor da novel carta constitucional. Considera, assim, que, de fato, principalmente pelo art. 5º da CF/88, foram positivados determinados valores/princípios processuais que não estavam, quem sabe, devidamente explicitados no Código Buzaid, mas que nem por isso eram solenemente ignorados em período anterior à vigência da última Carta Magna.

Condiz com esse entendimento o anteprojeto do novo código de processo civil, que nas exposições de motivo reconhece que o Código vigente operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no atual Código significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.⁹

A influência do Direito Constitucional sobre o sistema processual ganhou impulso significativo com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.¹⁰

Um ponto de destaque na promulgação da emenda constitucional nº 45 foi a introdução de princípios processuais no texto constitucional, no rol de direitos fundamentais, gerando um movimento que a doutrina denomina de “constitucionalização do processo civil”, havendo quem se refira a um Direito Processual Civil Constitucional¹¹.

A inclusão do princípio da razoável duração do processo ao rol de direitos fundamentais no art. 5º é, sem dúvida, um grande marco no Direito brasileiro, representando a consagração do anseio da população por um poder judiciário mais

⁷ RUBIN, Fernando. *A onda reformista e a perspectiva de um novo Código de Processo Civil*.

⁸ *A onda reformista e a perspectiva de um novo Código de Processo Civil*.

⁹ SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, exposição de motivos.

¹⁰ A Emenda Constitucional nº 45 também tratou de importantes temas sobre os aspectos institucionais do Poder Judiciário e do Ministério Público, criando os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, suprimindo as férias coletivas de juízes, prevendo a súmula vinculante, alterando as competências dos tribunais superiores e o sistema recursal e instituindo a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, dentre diversas outras medidas.

¹¹ Comissão Temporária do Código de Processo Civil, Parecer nº 2010, página 39.

célere e impondo expressamente ao Estado o dever de atuação em prol da maior efetividade do processo.¹²

De nada adiantaria essa previsão constitucional expressa sem meios que garantam a celeridade prometida, conseqüentemente, as alterações constitucionais influenciaram também o sistema processual cível, determinando novas modificações textuais do Código de 1973, que foram realizadas sem, contudo, alcançar genuinamente os efeitos almejados.

Depois de ter sofrido tantas alterações, o Código de Processo Civil brasileiro é comumente adjetivado como “colcha de retalhos”. Realmente, após as diversas reformas pelas quais passou, já não mais preserva a identidade daquela lei editada em 1973 e seria um absurdo se ainda o fizesse. Afinal, a sociedade também passou por inúmeras transformações e resta ao direito acompanhar as transformações sociais, sob pena de se tornar ineficaz.

Tanto é assim que, no Congresso Nacional, tramitava um grande número de projetos tendo por objeto a alteração do Código, que foram suspensos por força de ato da Presidência do Senado Federal, nos termos do art. 374, II, do Regimento Interno, e anexados ao PLS nº 166, de 2010.

Desse modo, a insatisfação da população e dos próprios juristas com a morosidade processual, aliada a incapacidade das inúmeras tentativas legislativas anteriores de alcançar a desejada celeridade processual, levou a formulação de um projeto de lei do senado para um Novo Código de Processo Civil.

Quanto às expectativas geradas sobre esse projeto de lei e o trabalho realizado pela comissão de juristas responsável por sua formulação, sábias são as palavras de Yarshell. (2010)¹³

A sociedade acompanha com grande expectativa a tramitação do projeto de novo Código de Processo Civil (CPC), recém-aprovado pelo Senado da República e que agora será encaminhado para a Câmara.

Há grande esperança, alimentada pelos integrantes da comissão responsável por sua formulação, de que o novo código será capaz de agilizar sobremaneira os processos e, quando menos, de atenuar as angústias e decepções decorrentes da morosidade do Judiciário.

É preciso louvar o trabalho dos juristas que se empenharam nessa empreitada. Embora o grupo seja heterogêneo, sua seriedade de propósito e capacidade técnica estão acima de dúvidas.

¹² Comissão Temporária do Código de Processo Civil, Parecer nº. 2010, Página 40.

¹³ Ano novo, Código de Processo Civil novo (2010).

Seja qual for o desfecho da tramitação legislativa e independentemente da repercussão concreta do texto, se ele vier a ser aprovado, o esforço deve ser reconhecido.

Esse reconhecimento, contudo, não deve impedir a crítica construtiva. Não se trata de confrontar a autoridade intelectual dos autores do projeto com a de seus eventuais críticos. Trata-se de confrontar argumentos, venham de onde e de quem vierem.

Nesse momento, críticos não podem ser vistos como opositores. E, por fortuna, os membros da comissão têm exata consciência disso. (Yarshell, 2010).

Diante dessa imensa expectativa pelo Novo Código de Processo Civil, se faz necessário um maior zelo legislativo para que o atual projeto não comine em apenas um aperfeiçoamento do atual, sem, com isso, resolver o real problema pelo qual está sendo instituído.

2. PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A atual realidade social conduziu a uma busca incessante¹⁴ pela celeridade processual. O judiciário hoje é alvo constante de críticas populares, podendo se observar um índice alarmante de insatisfação que demonstra seu atual desprestígio.

A esse respeito, o Ministro Fux se manifestou afirmando que “no âmbito da Justiça, há momentos em que o povo pede; há aqueles em que suplica; e o derradeiro, em que o povo grita! A sociedade, através de um grito cívico, exigiu uma justiça mais rápida”.¹⁵

Nesse contesto vemos que inúmeras alterações ao atual Código de Processo Civil foram feitas na busca de uma maior celeridade processual, que até agora se mostraram pouco eficientes, e muitos outros projetos de lei tramitavam no congresso. Dessa maneira, o senado federal entendeu que chegara o momento de reformas mais profundas no processo judiciário.¹⁶

Assim, o Senado Federal iniciou a preparação de um anteprojeto de reforma do Código do Processo Civil, que deu origem ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010. O projeto dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, de autoria do Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, tendo a ele sido anexadas outras cinquenta e oito proposições legislativas que versam sobre Processo Civil, por força do disposto no art. 374, II, do RI/SF, que determina a anexação, ao projeto de código, das proposições em curso ou as sobrestadas, que envolvam matéria com ele relacionada.

Consta na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, como motivadores da reforma, o grande número de alterações já procedidas no atual Código, bem como o grande número de projetos de lei que visam a novas alterações.

Aliado a esses fundamentos, argumentou-se que o Código de Processo Civil de 1973, depois de tantas modificações, acabou perdendo parte de sua unidade lógico-sistemática, sendo conveniente a realização de uma grande reforma, que o

¹⁴ Não que a celeridade processual não deva ser buscada, deve sim! Contudo, ela não deve ser desmedida, deve ser pensada, é necessário pesquisar a fundo o que causa essa morosidade e estudar os meios de exterminá-la ou, pelo menos, minimizá-la de modo que se chegue a soluções e não a meras tentativas frustradas.

¹⁵ FUX, Luiz. *A verdade do povo*.

¹⁶ SARNEY, José. *Um novo código do processo civil*. Anteprojeto do Código de Processo Civil.

reconstrua de forma consistente, sobre os princípios estruturantes do moderno processo civil, restaurando a sistematicidade perdida.¹⁷

Além disso, o parecer da Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Civil lembra que hoje vivemos em uma sociedade globalizada, onde produtos e serviços são oferecidos de forma massificada e que essa nova postura comercial fez com que bens e produtos passassem a ser oferecidos e consumidos por um número expressivo de pessoas, gerando conflitos igualmente massificados.¹⁸

Motivada por tais circunstâncias, a comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, criou o que será o nosso novo Código de Processo Civil, que, segundo este, traz a manutenção e o aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas desde 1992, não significando uma ruptura com o passado, mas um passo à frente.¹⁹

Destarte, temos hoje um projeto de um novo Código de Processo Civil pendente de aprovação pela câmara dos deputados, cuja participação social de tantos segmentos importantes, da academia científica aos Tribunais Superiores do país, perpassando pela advocacia²⁰, permitiu ao Senado Federal concluir ter sido o projeto do Código de Processo Civil mais popular de todos os tempos, construído segundo os mais expressivos princípios democráticos, representando o timbre ideológico do cidadão mais simples ao mais prestigiado jurista.²¹

O Ministro Luiz Fux esclarece, ainda, que a fusão de tantas manifestações gerou um código brasileiríssimo, coadjuvado pela adoção dos mais modernos

¹⁷ Na exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil defende-se que o enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.

¹⁸ SENADO FEDERAL. Parecer nº de 2010, página 41.

¹⁹ SENADO FEDERAL. Anteprojeto do novo código de processo civil, exposições de motivos.

²⁰ Segundo o Ministro Luiz Fux, em *A Verdade do Povo*, para a construção do Anteprojeto além da participação da sociedade laica através de mais de 15.000 (quinze mil) e-mails, a comunidade científica compareceu às audiências públicas realizadas para aprimoramento social do Código, oferecendo cerca de mil sugestões. Assim como foram consultados Juristas de renome, inclusive, como faz questão de esclarecer, o professor Barbosa Moreira, que não pôde participar dos trabalhos diretamente por motivos particulares, mas teria se feito presente na pessoa dos professores catedráticos que compunham a comissão e seriam seus eternos discípulos.

²¹ FUX, Luiz. *A verdade do povo*.

instrumentos recolhidos das recentes inovações dos direitos alemão, inglês, italiano, português e espanhol.

2.1. Consagração do princípio da duração razoável do processo como rol dos direitos fundamentais e a conseqüente perseguição exacerbada pela celeridade processual.

O princípio da duração razoável do processo, embora a rigor já estivesse positivada no sistema jurídico brasileiro, em razão do artigo 8º, §1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificado em 1992, foi elevado a garantia constitucional pela emenda Constitucional 45/2004, que o instaurou no artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, garantindo a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A respeito dessa elevação a garantia constitucional expressa, José Afonso da Silva acentua ser despiciendo o novo inciso, uma vez que o acesso à justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado, embora a crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrar. Criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, já que não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize como declarado.²²

Ao passo em que o dispositivo não representa nenhuma inovação concreta, pois já se encontrava positivado enquanto princípio constitucional implícito²³, toda e qualquer norma jurídica que evoque ou torne garantias de direitos fundamentais constitui redundância benéfica e, apesar das tautologias que suscite, requer interpretação crítica e assimilação por parte dos estudiosos e atores práticos do Direito.

A questão da celeridade, de tão refletida na ciência processual de hoje, passou a fetiche que se coloca no centro de um discurso consubstanciado na idéia de que o passar do tempo torna vulnerável o resultado jurídico do processo e,

²² AFONSO da SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, página 432.

²³ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de direito constitucional*, página 254.

portanto, prolonga a insatisfação da vida prática que o serviço jurisdicional visa eliminar²⁴.

Acontece que, nas palavras de Alexandre F. Câmara, tem havido uma busca quase que desenfreada pela celeridade do processo. Quando se sabe que todo o processo tem tempo para se desenvolver, a que se chamou de “tempo do processo”, necessário para a segurança jurídica, pois o processo excessivamente rápido torna quase impossível a produção de resultados justos. No entanto, a demora excessiva, por sua vez é incapaz de produzir justiça, pois a justiça que tarda, falha.²⁵

O que se busca, com esse princípio, é justamente um ponto de equilíbrio, no qual o processo não demore mais do que o estritamente necessário para alcançar o resultado justo visado pelo devido processo legal.

Não se pode deixar de fazer referência aos ensinamentos do processualista Cândido Rangel Dinamarco, que entende a efetividade processual como expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda sua plenitude todos os seus escopos institucionais. Considerando ser necessário adequar o processo ao cumprimento de toda essa complexa missão, precisando para tanto implantar um novo método de pensamento, de modo a romper definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema, abrindo os olhos para a realidade da vida que se passa fora do processo. Sendo indispensável colher do mundo político e social a essência dos valores ali vigorantes, seja para interpretar as leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor.²⁶

A elaboração de um novo código de processo civil busca exatamente isso, romper com as velhas posturas do sistema, mantendo virtudes e corrigindo os eventuais equívocos do texto em vigor, esperando ter ao final um código contemporâneo, que possibilite a todos tratamento igualitário, previsibilidade, segurança jurídica e, o que é visto com primazia pela comissão que elaborou o anteprojeto, agilidade na entrega da prestação jurisdicional.

Certamente, pelo texto aprovado pelo senado no final do ano de 2010, muitos dos problemas existentes foram solucionados, institutos foram melhorados e outros

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, páginas 231 e 232.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 18ª Ed., 2008, volume I, páginas 57 a 59.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do Processo*, página 319.

foram retirados. Entretanto, sobre a restrição ao agravo de instrumento e a possível, senão certa, proliferação de mandados de segurança, talvez, salvo melhor juízo, tenha faltado ao projeto de lei do Senado nº 166/2010 abrir um pouco mais os olhos para a realidade dos tribunais e dos escritórios de advocacia.

2.2. O Recurso de Agravo sob a Perspectiva do Projeto do Novo Código de Processo Civil

Há muito tempo o povo já não clama mais por um judiciário célere, grita! Em resposta a essa celeuma, já há algum tempo, o legislativo vem buscando meios de simplificar o direito processual brasileiro de modo a termos um judiciário mais eficiente. Nessa peregrinação foram editadas várias leis que alteraram inúmeros institutos, especialmente, o agravo de instrumento, a que nos ateremos nesse trabalho.

Desse modo é interessante traçar um breve esboço histórico do recurso de agravo no Brasil, principalmente o que se dá por instrumento.

2.2.1 Breve esboço histórico do recurso de agravo

O surgimento do recurso de agravo apareceu como uma reação da prática judiciária do direito português ante a restrição imposta por Afonso IV à faculdade de apelar contra as decisões interlocutórias. Nesse contexto, as partes inconformadas com esse tipo de decisões, que, por vezes, lhes causavam prejuízos irreparáveis, insistiam em pleitear a imediata correção do *agravo* sofrido. Assim, as Partes começaram a valer-se do expediente de dirigir petições ao Rei (querimas ou querimônias), requerendo “cartas de justiça, cuja eficácia ficava subordinada à cláusula de serem verdadeiras as alegações do requerente”. Ocasão em que, “para evitar inúteis perdas de tempo, determinou D. Duarte que as petições lhe subissem já acompanhada da resposta do juiz que proferira a decisão impugnada: eis a origem do juízo de retratação. Assim se configuram as chamadas ‘cartas testemunháveis’ ou ‘instrumentos de agravo’”.²⁷

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Página 484.

As Ordenações Manuelinas consagraram o agravo como recurso típico das decisões interlocutórias simples e, e regularam duas modalidades: quando o órgão ad quem ficasse sediado no mesmo lugar do órgão a quo, o agravo subia por petição; na hipótese contrária, por instrumento. Mais tarde fixou-se uma distância-limite em (cinco léguas) entre as sedes dos dois juízos; abaixo dela o agravo seria de petição, e acima, de instrumento. A essas duas modalidades vieram a acrescentarem-se três outras: o agravo ordinário (anteriormente denominado suplicação), o agravo de ordenação não guardada e o agravo no auto do processo, cuja instituição como figura autônoma se costuma atribuir à Carta Régia de D. João III, de 1526, mas que conforme mais recente e acurada investigação, remota à segunda publicação das Ordenações Manuelinas.²⁸

O código de 1939 ressuscitou o agravo no auto do processo contemplando ao seu lado, como espécies nominadas, o agravo de instrumento e o agravo de petição. Reservou este último para decisões terminativas (art. 846) –, isto é, para as que extinguem o processo sem julgamento do mérito – e enumerou ainda, embora casuisticamente, as hipóteses de cabimento de cada um dos outros dois. O agravo de instrumento cabia em geral contra decisões interlocutórias; a título excepcional contra decisões definitivas (art. 842, nº XV) – o que ocorreu inclusive com procedimentos especiais regidos por leis extravagantes, como a Lei nº 3.193, de 4/7/1957 (art. 4º).²⁹

O atual código de processo civil prevê duas modalidades de agravo, entretanto, convém lembrar que só existia uma espécie no anteprojeto do código de Buzaid e no projeto definitivo. O agravo de instrumento se via prodigalizado, aberto à impugnação de todas as decisões proferidas no processamento de primeiro grau, que não lhe pusessem termo. Defendia-se na exposição de motivos do anteprojeto e do projeto que o recurso funcionaria sem interromper a marcha do processo, sem embaraçar o andamento da ação.³⁰

Sendo que durante a tramitação do projeto no Congresso Nacional, reintroduziu-se, sem o velho nome, a figura do agravo no auto do processo, através da emenda aditiva, de que resultaram os primitivos §§ 1º e 2º do artigo 522³¹, instituídos pela lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, com o seguinte texto:

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Página 484.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Páginas 484 a 490.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Páginas 484 a 490.

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Páginas 485 e 486.

Art. 522. Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.

§ 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.

Ainda em 1973, mais precisamente em 1º de outubro, como dito anteriormente, o atual código sofreu alterações que buscavam principalmente um aprimoramento textual, e alterou o parágrafo primeiro do artigo 522 apenas para acrescentar expressamente que se reputa renunciado o agravo retido nos autos se a parte não pedir expressamente sua apreciação pelo Tribunal nas razões ou nas contra-razões da apelação³².

Note-se que o atual código de processo civil entrou em vigor com a possibilidade de interposição do recurso de agravo contra qualquer decisão interlocutória, cabendo, à escolha do impetrante, na modalidade retida ou por instrumento³³. Contudo, sua interposição se dava no juízo "a quo", onde se formava o instrumento, que subia ao tribunal já pronto. Isso não permitia suspensão da decisão agravada, o que levou ao uso do Mandado de Segurança como sucedâneo de recurso.

Essa possibilidade de interposição do recurso de agravo contra todas as decisões de interlocutórias foi amplamente utilizada pelos advogados, que escolhiam quase sempre a interposição por instrumento. Nada mais natural, uma vez que a insatisfação com o que não lhe é favorável é uma característica humana, assim como o é a preferência por soluções imediatas, pelo menos aparentemente, o que justifica a preferência pelo agravo interposto por instrumento.³⁴

³² O artigo 522, após a lei 5.925, ficou com a seguinte redação:

Art. 522. Ressalvado o disposto nos artigos 504 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.

§ 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação; reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

§ 2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Páginas 485 e 486.

³⁴ É certo que a interposição de recursos de agravo, principalmente por instrumento, faz com que se demore mais a chegar a uma decisão definitiva, mas pela inconformidade natural do ser humano, imediatista como é em sua maioria, prefere a interposição de recursos que vão discutir a matéria e lhe trazer respostas o quanto antes. Assim, preferem a interposição do agravo de instrumento em vez do agravo retido, que levaria mais rápido a sentença e, conseqüentemente, a decisão definitiva.

Simultaneamente a isso, temos o fato de que, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, estamos presenciando um contínuo aumento no número de ações, por inúmeros fatores, que acabam por multiplicar proporcionalmente também o número de agravos, principalmente, obviamente, o de instrumento.

Assim, entramos no grande problema do crescente congestionamento do judiciário e da sua conseqüente morosidade. Daí surgem diversas tentativas para solucionar o problema, mais especificamente, quanto ao recurso de agravo, temos as Leis 9.139/1995, 10.352 e 11.187/2005.

A principal alteração trazida pela Lei nº 9.139 foi a modificação do modo de formação do instrumento, de maneira que agora o recurso é endereçado ao órgão ad quem. Esperava-se que tal substituição contribuísse não apenas para acelerar a marcha do recurso, mas também para libertar de perturbações do processo. Todavia, a adoção da nova disciplina parece ter aumentado o congestionamento dos tribunais de segundo grau, transferido aos relatores as atribuições inerentes ao processamento do agravo e proliferando os recursos interpostos contra as decisões daqueles aos órgãos colegiados³⁵.

No mais, a Lei nº 9.139 de 1995 tornou obrigatória a retenção das impugnações de decisões posteriores a sentença, salvo caso de inadmissão de apelação.

Posteriormente, a Lei 10.352/01 tentou transformar o agravo retido em regra do recurso para atacar decisões interlocutórias, possibilitando a conversão do agravo de instrumento em agravo retido pelo relator, porém, diante da possibilidade de levar a questão à turma por meio de agravo interno, podemos dizer que a lei não teve o sucesso esperado.³⁶

Ainda com o intuito de tornar o agravo na modalidade retida como regra, a lei 10.352 mudou a redação do artigo 523, §4, para que caberia agravo retido contra as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação.³⁷

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Página 506.

³⁶ HOFFMAN, Paulo. Cuidado! O fim do agravo de instrumento pode aniquilar o processo civil pátrio.

³⁷ A redação anterior já determinava que será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação. A nova redação trazida pela lei 10.352 manteve este entendimento e acrescentou como exceção apenas a decisão relativa aos efeitos em que a apelação é recebida.

Ainda na tentativa de tornar o agravo na modalidade retida como regra, a lei 11.187 trouxe essas alterações à redação do artigo 522, determinando que contra as decisões interlocutórias caberá agravo na forma retida, exceto em algumas hipóteses³⁸.

Mudança mais importante foi trazida pela lei 11.187, atacando aquilo que pareceu não funcionar com a mudança trazida pela lei 10.352³⁹, proibiu a reformulação da decisão que converte o agravo de instrumento em retido; que atribui ou não efeito suspensivo ao recurso, e daquela que defere ou indefere a antecipação da tutela recursal antes do momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator reconsiderar (artigo 527, parágrafo único).

Atualmente, o recurso de agravo está disciplinado no artigo 522 do código de processo civil de 1973, sendo cabível a todas as decisões interlocutórias⁴⁰ de primeiro grau excerto aquelas excluídas por lei especial⁴¹.

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

O legislador, reconhecendo que é impossível prever todas as hipóteses de decisões capazes de causar à parte lesão que justifique a inviabilidade de esperar a oportunidade de interposição da apelação, manteve a possibilidade do cabimento do agravo de instrumento contra a decisão capaz de causar “lesão grave e de difícil reparação”, dentre as demais hipóteses expressamente previstas.

Acontece que, como esse termo está sujeito a interpretação no caso concreto, logo, manteve-se a cultura de utilizar o agravo de instrumento como regra e não

³⁸As exceções permaneceram as mesmas, quais sejam, decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

³⁹HOFFMAN, Paulo. *Cuidado! O fim do agravo de instrumento pode aniquilar o processo civil pátrio*.

⁴⁰O parágrafo segundo do artigo 162 define decisões interlocutórias como “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” A esse respeito, Barbosa Moreira, após abstração dos deslizes terminológicos do atual código de processo civil, que não segue uma única unidade terminológica para designar despacho, decisões interlocutória e sentença, afirma que “todo e qualquer ‘despacho’ em que o órgão judicial decida questão, no curso do processo, *pura e simplesmente não é despacho*, ainda que assim lhe chame o texto: encaixando-se no conceito de decisão interlocutória (art. 162, §2º), *ipso facto* deixa de pertence à outra classe⁴⁰”.

⁴¹Barbosa Moreira nos dá como exemplo o artigo 519, parágrafo único, com a redação dada pela lei 8.950 (Comentários ao código de processo civil. Página 491).

como exceção, que era justamente o pretendido pelo legislador. Isso, enquanto a sociedade continua a reclamar da morosidade do judiciário e este, do excesso de processos e recursos.

Diante disso, como falamos anteriormente, estamos diante da expectativa de aprovação do novo código de processo e, como era de se esperar, o agravo não está saindo ileso em seu projeto.

Há de se reconhecer que pelo texto até então aprovado, o novo código trará modificações mais tênues do que se alarmava. Existia um verdadeiro temor pelo fim do agravo de instrumento com o advento do novo código de processo civil, quando na verdade o texto que aguarda sua aprovação pela câmara trará o fim apenas da modalidade retida, que, pelo menos em tese, é sua principal modalidade, e manteve o agravo de instrumento, embora este tenha sido limitado à matérias expressamente previstas.

2.2.2 As reformas trazidas pelo Projeto de Lei nº. 166 para o agravo de instrumento

O projeto do novo código de processo civil, pelo texto aprovado no senado, retirará do ordenamento jurídico o agravo retido, manterá o agravo de instrumento e trará uma nova modalidade específica de agravo, o de admissão, como podemos observar no artigo 948:

Art. 948. São cabíveis os seguintes recursos:
I – apelação;
II – agravo de instrumento;
III – agravo interno;
IV – embargos de declaração;
V – recurso ordinário;
VI – recurso especial;
VII – recurso extraordinário;
VIII – agravo de admissão;
IX – embargos de divergência.

O agravo retido nunca foi exatamente visto como um problema, afinal, serviria para os casos em que não há interesse para a revisão imediata da decisão pelo órgão ad quem, então o recurso fica retido nos autos do feito, poupando-se o trabalho, o tempo e a despesa que implica a formação do instrumento, como a função precípua de impedir a prescrição. Desse modo, apenas na ocasião da

apreciação da apelação, se interposta, caberá ao tribunal apreciar o agravo preliminarmente.⁴²

No entanto, é compreensível que o projeto de lei venha a extrair essa modalidade de recurso, uma vez que, não obstante, sirva para impedir a preclusão e para favorecer o juízo de retratação, na grande maioria das vezes os advogados lançam mão do agravo de instrumento, alegando justamente o perigo de lesão grave e de difícil reparação ocasionado.

Lembrando que o artigo 527, II, determina que o relator converta o agravo de instrumento em agravo retido quando não tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa. Assim, como o art. 526 determina que o agravante requeira juntada aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso justamente para possibilitar o juízo de retratação.

Ademais, o recurso de agravo retido também demanda certo tempo, logicamente, menor do que o do agravo de instrumento, mas ainda assim pode gerar uma perda significativa. Aparentemente, esse dispêndio, apenas para impedir a preclusão, pode parecer injustificável, então a melhor solução é dada pelo projeto do novo CPC que, pelo texto aprovado pelo senado, determina que das questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contra-razões. Contudo, se observarmos que o tempo consumido pelo agravo retido servia para um juízo de retratação, podendo evitar até uma futura apelação, seria interessante, talvez não manter o agravo retido, mas criar um instituto que possibilitasse a retratação.

Outrossim, a esse respeito Fred Didier Júnior defende que, em vez de um progresso, o projeto traz um retrocesso. Isso porque segundo o autor quando a decisão interlocutória é impugnável, caso o sujeito não recorra, há preclusão, que impede o reexame do que já foi decidido. Contudo, se a decisão interlocutória não é recorrível, a preclusão só ocorrerá se, no recurso contra a sentença, a parte não

⁴² MOREIRA, José Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Página 496.

pedir a revisão da decisão proferida no decorrer do procedimento. Logo, se a parte incluir a decisão interlocutória no objeto da apelação, o tribunal poderá revê-la. Nessa ocasião, se o tribunal acolher a apelação e, com isso, revir a decisão interlocutória proferida há tempos (às vezes, anos atrás), o processo será anulado, a questão voltará à primeira instância e tudo terá de ser refeito. Situações estabilizadas seriam desfeitas. Qualquer processo onde houvesse sido proferida uma decisão interlocutória (todos, me parece) ficaria em perene situação de instabilidade.⁴³

O autor, então, conclui que em vez de decisão de mérito, teria o reinício de fases procedimentais já superadas. Em contrapartida, o mesmo autor prega que se a interlocutória é recorrível, haverá preclusão do direito ao recurso se a parte não a impugnar no primeiro momento que lhe couber falar nos autos. Aquela questão, já decidida, não poderia mais ser revista. O órgão jurisdicional passaria a ocupar-se das demais questões objeto da sua cognição, sejam elas questões de mérito ou de admissibilidade, questões de fato ou de direito. Haveria, assim, redução da extensão da cognição, já que em relação a algumas questões teria havido decisão já estabilizada.⁴⁴

Observe-se que, conquanto até recentemente o recurso cabível contra a decisão que não admitia recurso extraordinário ou especial era o agravo de instrumento, atualmente, com a redação dada pela lei 12.322 de 2010 ao artigo 544, como mais um avanço na limitação a interposição de agravos de instrumento, o recurso cabível é o agravo nos próprios autos.

Desse modo, no prazo de dez dias, o recorrente deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido, que dirigido ao presidente do tribunal e, após o decurso do prazo para resposta do agravado, subirá o agravo, onde será processado na forma regimental.

Entretanto, a comissão responsável pelo anteprojeto do novo código de processo civil preferiu não mais possibilitar o cabimento do agravo retido contra as decisões interlocutórias dos processos regidos pelo direito processo civil e, não querendo tornar essa decisão irrecorrível, muito menos voltar a permitir o agravo de

⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fred. *Preclusão e decisão interlocutória. Anteprojeto do Novo CPC. Análise da proposta da Comissão.*

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fred. *Preclusão e decisão interlocutória. Anteprojeto do Novo CPC. Análise da proposta da Comissão.*

instrumento, manteve as atuais características deste recurso, mas dessa vez com o nome de agravo de admissão, disciplinado no artigo 996 do projeto.

Quanto ao agravo de instrumento, o projeto do novo código de processo civil traz um rol taxativo das possibilidades de cabimento e, não mais, a referência genérica a “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”, como podemos observar pela transcrição do artigo 969, aprovado pelo senado.

Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas de urgência ou da evidência;

II – o mérito da causa;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica;

V – a gratuidade de justiça;

VI – a exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte por ilegitimidade;

VIII – a limitação de litisconsórcio;

IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Sobre esse rol taxativo previsto no projeto de lei do novo código de processo civil é interessante fazer algumas observações, para uma melhor compreensão.

O inciso I do artigo 969 do projeto do novo código de processo civil traz as, aparentemente novas, tutela de urgência e tutela de evidência, disciplinadas no artigo 269, que se transcreve:

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

Deve-se observar que aquilo que o projeto de lei do Novo Código de Processo Civil denomina como tutela de evidência é o que atual Código de Processo Civil denomina de tutela antecipada, prevista no artigo 273. Atualmente, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da

tutela pretendida no pedido inicial, desde que se convença da verossimilhança da alegação mediante prova inequívoca. Exige-se, atualmente, para a concessão da tutela antecipada, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou então que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Em outras palavras, a tutela antecipada é uma forma de tutela satisfativa, prestada no bojo do processo de conhecimento, com base em juízo de probabilidade. Contudo, pelo atual Código de Processo Civil, não é suficiente a probabilidade, mediante prova inequívoca⁴⁵, é necessário que haja uma situação capaz de gerar fundado receio de dano grave – de difícil ou impossível reparação – ou que tenha havido abuso do direito de defesa do réu, o que inclui o propósito protelatório.⁴⁶

Ademais, atualmente, também é possível a concessão da tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. Trata-se de caso de concessão de tutela antecipada com base em juízo de certeza, previsto no art. 273, §6º do Código de Processo Civil.⁴⁷

Nesse caso, “a incontrovérsia foi erigida à categoria de requisito exclusivo para concessão da medida. A ausência de impugnação quanto a um ponto da demanda autorizar a antecipação da tutela independente de prova inequívoca, de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, de abuso de direito de defesa ou de manifesto intuito protelatório do réu.”⁴⁸

Interessante observar que o projeto do Novo Código de Processo Civil dá mais liberdade ao juiz para a concessão da tutela de evidência do que o atual código concede a tutela antecipada, uma vez que não condicionou a existência de fundado receio de dano grave ou a existência de abuso de direito de defesa⁴⁹.

O parágrafo segundo, do artigo 269, do projeto aprovado pelo senado, traz definição de medida cautelar, que pacifica hoje, mas não presente no atual Código

⁴⁵ O termo inequívoco não condiz com verossimilhança, de modo que resta enfatizar que não é uma mera semelhança, mas que as provas realmente sejam capazes de demonstrar uma fortíssima probabilidade.

⁴⁶ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume I. Páginas 84 e 85.

⁴⁷ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume I. Página 85.

⁴⁸ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Página 221.

⁴⁹ No mais, supressão dos termos verossimilhança e prova inequívoca demonstram, e a troca do nome para tutela de evidência demonstra uma procura por melhor precisão técnica, embora considere que o nome dado ao instituto pelo atual código de processo civil também sirva adequadamente ao instituto.

de Processo Civil. Por sua vez, o artigo 270 possibilita o juiz a determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, redação correspondente ao atual artigo 798, exceto pelo fato que esse fazia menção expressa e unicamente a medidas provisórias.

O inciso terceiro do artigo 969, do PLS, segundo o texto aprovado pelo senado, determina que cabe agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que verse sobre a rejeição da alegação de convenção de arbitragem.

Sobre isso, o artigo 267 do atual código de processo determina a extinção do processo sem resolução do mérito quando verificada a convenção de arbitragem, o que é mantido pelo projeto de lei do senado 166 de 2010 no artigo 472, VII. Assim, o projeto de lei orienta, em seu artigo 327, X e §4º, do mesmo modo como faz atualmente o artigo 301, IX e §4º, o réu a alegar a convenção de arbitragem antes de discutir o mérito, não podendo ser reconhecido de ofício.

Em outras palavras, a existência de convenção de arbitragem no texto aprovado pelo senado, assim como atualmente, constitui uma das causas de extinção sem resolução do mérito, impedindo a apreciação do objeto do processo. E é, justamente por isso, que se faz necessária sua arguição em preliminar, para que não se efetue procedimentos desnecessários. Incompatível com isso, portanto, seria exigir que a parte prejudicada esperasse até a sentença com resolução de mérito para recorrer com base em causa impeditiva da resolução do mérito.

Outra situação para qual o projeto do novo código prevê o cabimento do agravo de instrumento é contra as decisões que versem sobre o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica.

O projeto, assim como o artigo 596 do atual Código de Processo Civil, procura manter a completa dependência entre os sócios ou associados e as pessoas jurídicas de que fazem parte em seu artigo 752, inexistindo responsabilidade daqueles para com as dívidas destas.

Todavia, o artigo 77 do anteprojeto inova ao trazer expressamente redação semelhante ao do artigo 50 do Código Civil para disciplinar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, sendo cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

De tal modo, pela redação do projeto aprovado pelo senado, requerida a desconsideração da personalidade jurídica, a pessoa jurídica e o sócio ou terceiro, serão citados para se manifestar e requerer as provas cabíveis no prazo comum de quinze dias (artigo 78). E, concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento (artigo 79).

É realmente importante que o projeto mantenha a previsão do agravo de instrumento contra a decisão que verse sobre o incidente de desconsideração de pessoa jurídica, pois de um lado não seria exasperante para os credores observar o responsável pela falência da empresa dilapidando patrimônio no decorrer do processo e apenas após apelação ter a decisão reformulada. Igualmente, ou até mais perturbador, seria o bom e correto administrador se vê privado de seu patrimônio injustamente e ser obrigado a esperar por apelação.

A decisão que verse sobre a gratuidade da justiça também foi digna de previsão no projeto do novo código de processo civil, artigo 969, inciso V, como passível de agravo de instrumento, salvo quando a decisão se der na sentença (artigo 99, § 2º).

Ora, a não concessão do benefício da justiça gratuita a quem não tem como pagar pelas custas ofenderia o direito de ação, uma vez que ficaria impedido de prosseguir com o processo, legitimando um mandado de segurança.

Igualmente protegido pelo agravo de instrumento, se o projeto com a atual redação for aprovado no senado, é a decisão interlocutória que verse sobre a exibição de documento ou coisa. O artigo 969 faz menção genérica ao cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versem sobre a exibição ou posse de documento ou coisa, sendo, portanto, possíveis para todas elas. Entretanto, é curioso observar que o parágrafo único do artigo 383, fala expressamente que cabe esse recurso contra decisões com fundamento na negativa da obrigação de exibir ou da posse do documento ou coisa, pelo terceiro, assim como na fundamentada na recusa a exibição, sem justo motivo, pelo mesmo.

Duas outras decisões previstas como passíveis de serem impugnadas por agravo de instrumento são aquela que exclui litisconsorte por ilegitimidade e aquela limita o litisconsórcio (artigo 969, VII e VIII e artigo 112, §3º). Como no litisconsórcio

há um único⁵⁰ processo com pluralidade de partes, a decisão que exclui um ou alguns sujeitos por ilegitimidade, assim como a que limita o número de litisconsortes facultativos em um determinado processo, não tem força para extinguir o módulo processual, que continuará normalmente com os sujeitos não excluídos.

Ademais, de nada adiantaria às partes que se julgassem prejudicadas pela exclusão de litisconsorte ou pela limitação recorrerem dessa decisão após a prolação da sentença, de modo que se faz necessário a sua recorribilidade imediata. O mesmo vale para as decisões interlocutórias que versem sobre a admissão ou a inadmissão de intervenção de terceiros, que serão recorríveis por agravo de instrumento (artigo 969, IX).

O capítulo IV, que trata de intervenção de terceiros, manteve assistência⁵¹, a denunciação, o chamamento ao processo⁵² e o *amicus curiae*⁵³.

Deve-se notar que o inciso X do artigo 969 prevê a possibilidade de interposição do agravo de instrumento contra outros casos expressamente previstos em lei.

Ademais, o parágrafo único do artigo 969 adverte para a possibilidade de interposição do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Destarte, artigo 504 determina que todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas

⁵⁰ Não se pode considerar que no processo litisconsorcial haja tantas relações processuais quantos sejam os litisconsortes, razão pela qual se mostra inadmissível entender-se que a decisão que exclui o litisconsorte seria sentença (por estar pondo termo aquela relação processual formada pelo litisconsorte excluído). O processo litisconsorcial é processo único com pluralidade de partes, e assim deve ser tratado. (CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume I, página 161)

⁵¹ Que no atual código de processo civil consta no capítulo V, que trata do litisconsórcio e da assistência.

⁵² É curioso notar que o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil fundiu parcialmente as hipóteses de denunciação da lide e de chamamento ao processo criando um só instituto, que seria utilizado quando o chamado puder ser réu em ação regressiva; quando um dos devedores solidários saldar a dívida, aos demais; quando houver obrigação, por lei ou por contrato, de reparar ou garantir a reparação de dano, àquele que tem essa obrigação. Contudo, a redação do projeto aprovado pelo senado dividiu o instituto idealizado no anteprojeto

⁵³ É conveniente ter que observar que conquanto o *amicus curiae*, atualmente, não esteja disciplinado em um ponto específico do código de processo civil, mas apenas em legislações esparsas, nem sempre com esse nome, no projeto do Novo Código de Processo Civil, esse instituto ingressa no capítulo de intervenção de terceiros, sendo disciplinado no artigo 322. É oportuno ressaltar que este artigo tenta, satisfatoriamente, trazer respostas a algumas discussões doutrinárias sobre o instituto.

pelo juiz. Essas decisões, pela redação do parágrafo único do mesmo artigo, quando não implicarem na extinção do processo ou na declaração de satisfação da obrigação, estarão sujeitas a agravo de instrumento.

É possível observar pela leitura do artigo 969 do projeto do Novo Código Civil, aprovado pelo senado e pelas breves considerações feitas, que o agravo de instrumento, se o texto atual for aprovado na câmara dos deputados, ficará restrito apenas aos casos expressamente previstos em lei.

Quanto a essa possibilidade, é interessante observar algumas possibilidades demonstradas por Fred Didier em que as decisões somente poderiam ser revistas no momento do julgamento da apelação, seriam elas:

- a) não autoriza a formulação de uma pergunta à testemunha;
- b) não admite a denunciação da lide;
- c) não autoriza a realização de um determinado meio de prova;
- d) decide sobre o valor da causa;
- e) decide sobre a incompetência relativa;
- f) decide sobre o pedido de revogação da justiça gratuita concedida à parte adversária;
- g) não admite a reconvenção;
- h) indefere a petição inicial da oposição;
- i) não aceita um comportamento processual do assistente;
- j) considera intempestiva a juntada aos autos do parecer do assistente técnico;
- k) determina a exclusão de documentos dos autos;
- l) rejeita o pedido de invalidade do processo em razão da não intervenção do Ministério Público ou da não designação do curador especial etc.

Em todos os casos apontados por Fred Didier Jr. e nos demais casos em que não for possível o uso do agravo de instrumento surgirá a perspectiva das decisões serem atacadas por mandado de segurança, que é uma ação constitucional com capacidade de abranger uma ampla gama de direitos.

3. MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é o meio constitucional disponível a toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça⁵⁴.

Inclusive, também respondem em mandado de segurança as autoridades judiciárias quando praticarem atos administrativos ou profiram decisões judiciais que lesem direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante.⁵⁵ Por decisões judiciais entende-se os atos jurisdicionais praticados em qualquer processo civil, criminal, trabalhista, militar ou eleitoral, desde que não haja recurso pendente de efeito suspensivo e, portanto, capaz de impedir a lesão⁵⁶.

O artigo 5º, Inciso LXIX, da Constituição Federal consagrou novamente o mandado de segurança, introduzido no direito brasileiro⁵⁷ na constituição de 1934⁵⁸ e, segundo Alexandre de Moraes, não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro⁵⁹.

O instituto do mandado de segurança, regulado pela lei nº 12.016/09, é de utilização corrente no expediente forense, tendo por objeto proteger os jurisdicionados de ameaça ou lesão a direito líquido e certo, praticado pelo Poder Público ou quem lhe faça às vezes.

Acontece que se generalizou, hoje, o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo aos recursos que não o tenham, desde que interposto o recurso normal cabível⁶⁰. No mais, também é possível visualizar o receio de restrições ao

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Páginas 21 e 22.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Página 22.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Página 42.

⁵⁷ A crise que produziu a revisão da doutrina brasileira do *habeas corpus*, com a reforma constitucional de 1926, tornou evidente a necessidade de adoção de um instrumento processual-constitucional adequado para proteção judicial contra lesões à direitos subjetivos públicos não protegidos pelo *habeas corpus*. Assim, a Constituição de 1934 consagrou ao lado do *habeas corpus*, e com o mesmo processo deste, o mandado de segurança para proteção de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. (MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. Página 578)

⁵⁸ O vocábulo “líquido” foi suprimido do projeto, não tendo entrado em vigor no texto da constituição de 1934, aparecendo na constituição de 1946 (artigo 141, § 24), assim como na constituição de 1967 e da sua emenda de 1969. (JÚNIOR, José Cretella. *Comentários a lei do mandado de segurança*. Página 64)

⁵⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. Página 152.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Página 50.

agravo de instrumento acarretarem no uso do mandado de segurança para impugnar decisões interlocutórias. Aliado a isso está a amplitude da possibilidade de interposição do mandado de segurança, o que pode ser observado nos ensinamentos de Calmon de Passos em apêndice publicado em comentários ao código de processo civil, que será estudado nesse trabalho.

3.1. Tipos de Ilegalidade e Abuso de Poder que são Passíveis de Mandado de Segurança

Tudo aquilo que o juiz deve fazer ou pode fazer no processo está predeterminado na lei processual. Assim, sempre que ele tenha um itinerário diverso, desborda os limites que lhe foram traçados, pratica uma ilegalidade.⁶¹ Isso nos permite concluir que a resposta ao problema está, precisamente, no determinar-se o que pode e o que deve fazer o juiz no processo, isto é, realizar-se um estudo dos deveres e dos poderes processuais do juiz.

3.1.1. Omissão do juiz

A omissão do juiz apresenta-se como espécie de violação do seu dever formal de agir, conseqüentemente, uma ilegalidade.

Passos aponta o excesso de prazo que lhe é deferido para pronunciar-se como uma das modalidades de violação *in omittendo*, pelo juiz, da lei processual. Trata-se de expressão de inequívoca e irrecusável quebra do dever formal de agir do magistrado, importando em ilegalidade capaz de justificar o mandado de segurança, em tese.⁶²

Atualmente, os prazos concedidos aos juízes pode não ser em excesso, mas por serem prazos impróprios e, em virtude disso, dificilmente cumpridos, não deixa de ser expressão de evidente quebra do dever formal de agir do magistrado, como defendido por Calmon de Passos, e, portanto, sujeita a mandado de segurança, em tese.

⁶¹ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 256.

⁶² O autor entende ainda que nisso poderia, talvez, estar a melhoria da vida forense brasileira, entregue, desafortunadamente, ressaltadas as honrosas e não pequenas exceções, ao desgoverno de juízes que aplicam a lei às partes e se esquecem de aplicá-las a eles mesmos. (PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 257)

3.1.2 Juízos exercidos pelo magistrado como antecedente necessários ao seu comportamento no processo – erro *in procedendo* e erro *in iudicando*.

A atividade do juiz, no processo, se traduz em declarações de vontade e em comunicações de vontade que se revestem da forma genérica de resoluções. Toda atividade dos juízes é ato de resolução, ou pressupõe resolução: o juiz é, por definição, o ser que julga.⁶³

Essas resoluções podem se apresentar sobre a forma de sentenças, definitivas ou terminativas, interlocutórias e, até mesmo, pela forma de despachos pelos quais o juiz se limita a prover a respeito do andamento do processo. Uns e outros, entretanto, “são atos do juiz que consistem em pronunciamentos jurisdicionais. Mesmo os despachos têm núcleo decisório, visto que resultam de um ato mental do juiz para externar a sua vontade na aplicação da lei”.⁶⁴

Para compreender como a lei pode traçar limites para o juízo do magistrado, Calmon de Passos entende necessário distinguir a natureza do juízo emitido pelo juiz quando ele julga da própria atividade, da natureza do que ele realiza quando julga da atividade das partes, distinção que, segundo o autor, permitiu a moderna doutrina diferenciar os vícios de atividade dos vícios de juízo.⁶⁵

Quando o juiz julga da própria atividade, normalmente e em caráter prévio, já julgou da atividade de outros sujeitos da relação processual ou dos sujeitos do processo. Deliberando sobre como agir, ele já apreciou, na maioria das vezes, como as partes agiram ou como agiram os sujeitos do processo, concluindo da legalidade ou não do comportamento de uns e outros. Nem pelo fato de realizar esse exame a fim de determinar-se, deixa de existir, na espécie um juízo do magistrado sobre o comportamento das partes.⁶⁶

Deste modo, Calmon de passos, afirma que sem sombra de dúvida os despachos e decisões meramente interlocutórias contêm juízos do magistrado sobre o comportamento das partes. A distinção entre este juízo e aquele a que se

⁶³Pontes de Miranda. *Comentários*, vol. II, p. 209. Apud PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 258.

⁶⁴MARQUES, Frederico, *Instituições*, vol. II, n.431. Apud PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 258.

⁶⁵PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 259.

⁶⁶PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 259. O fornece como exemplo o fato de que inspecionando a regularidade da petição inicial, o juiz aprecia a correção, em face da lei, da postulação do autor (do ponto de vista formal, é o que pressupomos no momento). E o mesmo pode se afirmar de quantas postulações formulem autor e réu no curso da demanda. Quase sempre, para saber como agir, o juiz, previamente, atende a como agiram as partes, testando a legitimidade de sua atuação.

convencionou chamar de juízo de mérito reside apenas em que neste o juiz julga do comportamento das partes fora do processo, enquanto que naquele o juiz julga do comportamento das partes no processo.⁶⁷

Justamente nessa diferença o autor considera que se assenta melhor o critério distintivo entre o erro *in procedendo* e o erro *in judicando*.

Não exclusivamente, como pretendeu Calamandrei, no destinatário das normas: erro *in procedendo* – o juiz; erro *in judicando* – as partes. As normas processuais se destinam às partes, enquanto partes, porque são, como dito, um programa de atuação não só para o juiz, como igualmente para aqueles que pretendam o pronunciamento do magistrado. Em outros termos, são normas que regulam a norma e o modo de atuação do poder-direito de ação e do dever-poder de jurisdição.⁶⁸

Conforme os ensinamentos de Chiovenda, o juiz julga (emite juízos) da sua própria atividade, mas julga como qualquer homem, para determinar-se a agir; por isso, se a sua ação é defeituosa, o vício aparece como um vício de atividade e não um vício de juízo. Ao contrário, quando o juiz se pronuncia sobre o mérito da demanda, pronuncia-se sobre a atividade; os erros que então possam ocorrer serão erros de juízo, seja de fato, seja de direito. E se é possível excluir-se a arguição de qualquer censura contra o “juízo próprio” e verdadeiro do magistrado, não será de excluir-se a censura dirigida contra a atividade do juiz, unicamente porque esta é precedida de um juízo.⁶⁹

Em outras palavras, os juízos emitidos pelo magistrado, como antecedentes necessários ao seu comportamento no processo, se defeituosos, conduzem não a vícios de juízo, e sim a vícios de atuação, que traduzem violações da lei processual pelo juiz (erros *in procedendo*).⁷⁰ Sendo esta outra hipótese de ilegalidade praticada pelo juiz e capaz de justificar, em tese, o mandado de segurança demonstrada por Calmon de Passos.

A decisão definitiva do magistrado é o objetivo comum perseguindo pela atividade do órgão estatal e das partes, sendo, para isso, necessário que o juiz construa através de um paciente trabalho lógico de confrontação dos materiais de

⁶⁷ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 260.

⁶⁸ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 260.

⁶⁹ CHIOVENDA. *Princípios de Derecho Procesal Civil*, Madri, sem data, § 17, I e, nota. Apud PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 259.

⁷⁰ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 259.

fato, que o processo lhe proporciona, com as normas jurídicas que ele conhece por dever de ofício.⁷¹

Esse trabalho lógico, desenvolvido no plano do pensamento, é o que, em sentido estrito, constitui o juízo propriamente dito, resultado de uma série de silogismos através dos quais o juiz, comparando o caso particular concreto com o fato específico legal de uma ou várias normas jurídicas, deduz, a guisa de conclusão, qual é, no caso particular, a vontade concreta da lei a ser proclamada como existente na sentença.

Segundo Calamandrei, pode ocorrer, entretanto, que:

A vontade concreta da lei proclamada na sentença não coincida com a vontade efetiva da lei (sentença injusta), porque, ainda quando se tendo processado de modo regular os atos exteriores que constituem o processo (imune, destarte, de erros in procedendo), o juiz tenha incorrido em erro durante o desenvolvimento de sua atividade intelectual, de forma a que o defeito inerente a uma das premissas lógicas tenha repercutido, necessariamente, sobre a conclusão. Nesta hipótese, em que a injustiça da sentença deriva de um erro ocorrido no raciocínio que o juiz leva a cabo na fase decisória, temos um *vício* de juízo, ou erro *in judicando*.⁷²

A injustiça da sentença não influi sobre a sua validade, pois a função social da jurisdição é fazer cessar definitivamente a lide, levando a certeza e a indiscutibilidade às relações jurídicas nas quais o direito seja incerto ou controvertido. "E se a validade da sentença fosse condicionada a sua injustiça, como bem dito por Calamandrei, ter-se-ia colocado no lugar da primitiva controvérsia, uma nova fonte de incerteza e de litígios".⁷³

Desse modo, Calmon de Passos reconhece que em linha de princípio, o erro *in judicando* não caracteriza vício de atividade do juiz.⁷⁴ Contudo, aprofundando-se no assunto, lembra que o artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939 estabelecia que o juiz, quando autorizado a decidir sobre equidade, deveria aplicar a

⁷¹ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 264.

⁷² CALAMANDREI, La Casación, II, p. 185 Apud PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página, 264. Calmon de Passos observa que enquanto o problema do erro *in procedendo* diz respeito à validade do processo ou da sentença, o erro *in judicando* prende-se a justiça da sentença

⁷³ CALAMANDREI, La Casación, II, p. 185 Apud PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Páginas 264 e 265.

⁷⁴ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 265.

norma que estabeleceria se fosse legislador. Princípio que continua válido e, embora o artigo 127 do atual código tenha redação diversa, isso não invalida o princípio.

Sobre esse assunto, é interessante esta transcrição literal de parte do texto de Calmon de Passos:

E se há juízes aos quais a lei permite decidam os litígios prescindindo das normas jurídicas, que não aparecem como premissas impostas à conclusão, isto significa que a imperatividade dessas normas, no juízo de equidade, não importa para o juiz na obrigação de aplicá-las.⁷⁵

Se assim é como exceção, deve-se entender que o princípio geral é o da obrigação do juiz de aplicar as normas de direito, decidir as controvérsias *secundum jus*. A ordem jurídica vigente implica na obrigação do juiz decidir a lide segundo o direito.⁷⁶

E se existe esta obrigação, estabelecida por uma norma autônoma, todo erro de juízo, enquanto não seja um erro de fato, é uma violação da lei pelo juiz, é um excesso de poder, já que o poder assim exercido sai fora dos limites que a lei lhe traça. E também aqui se tem uma violação de uma norma reguladora da atividade do juiz, pelo que, em última análise, o erro de juízo, *in apicibus*, se resolve em *vício* de atividade.⁷⁷

Com isso o autor quer demonstrar que seria inexato restringir-se a ilegalidade do comportamento do juiz ao simples campo dos vícios da atividade, excluídos os erros de juízo, quando o preciso seria concluir que todo *vício* de atividade pode ser considerado uma subespécie de uma violação de lei, e toda violação de lei consiste, por sua vez, em excesso de poder, em ilegalidade.⁷⁸

3.1.3. Uso do poder jurisdicional para consecução de um fim não judicial

Passos defende a existência de uma perfeita equivalência entre ilegalidade e abuso de poder, “visto como todo abuso de poder é uma violação da lei (ilegalidade) e toda violação da lei é um abuso de poder”.⁷⁹

Entretanto, o preceito constitucional fez referência especificamente a ilegalidade e ao abuso de poder. Essa redundância do texto constitucional se explica unicamente pelo propósito de antes vivificar o instituto do que acanhá-lo. A verdade é que a lei distingue e ao intérprete cumpre harmonizar os mandamentos legais na medida do possível e não afastá-los para facilitar a tarefa interpretativa.⁸⁰

⁷⁵ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 265.

⁷⁶ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 265.

⁷⁷ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 265.

⁷⁸ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 265.

⁷⁹ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 166 e 265.

⁸⁰ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 166.

A primeira distinção que se faz necessária é entre incompetência e abuso de poder, uma vez que faz sentido dizer que abusa do poder quem não o possui, “O abuso é qualidade ou atitude do poder que existe; a incompetência é expressão de um poder que não existe”.⁸¹

Feita essa ressalva e partida da premissa que todo abuso de poder é uma violação da lei e que toda violação da lei, em última análise, se resolve em um abuso de poder, só resta procurar quais violações da lei comportariam, por sua especial fisionomia, o qualitativo de abuso de poder.

Quanto a isso, Calmon de Passos observa que não é todo e qualquer mau uso do poder suscetível de configurar um abuso, porquanto desapareceria qualquer sentido na distinção entre o abuso e a ilegalidade. Consequentemente, tem-se como abuso um “determinado mau uso específico e grave do poder competente”.⁸²

Assim, após críticas as tentativas de distinção feitas por Raggi⁸³, Carnelutti⁸⁴ e Chiovenda⁸⁵, o autor entende que no campo particular da atividade jurisdicional, o abuso de poder será exatamente caracterizado como o poder exercitado para um fim não judicial.⁸⁶

Segundo o autor, um juiz pode usurpar o poder alheio em dois casos e de duas maneiras: ou porque decide quando não pode decidir, ou porque decide como não pode fazê-lo.⁸⁷

Quando o juiz não tem o poder de decidir se tem um caso de incompetência e, portanto, de falta de poder, quer seja outro o juiz competente, quer seja outro o poder competente, quer não haja nenhum juiz competente.⁸⁸

⁸¹ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 266.

⁸² PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 266.

⁸³ Esta direção certa do problema instituída por Raggi não teve dele uma solução correta, quando afirmou residir o abuso no fato de se fazer acompanhar o uso de uma faculdade competente de uma tal violação da lei que faça inexistente ou nulo de nulidade absoluta. (PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 266.)

⁸⁴ Adverte Carnelutti que se resvala, assim, do campo do abuso para o campo da falta de poder. Que o ato seja inexistente ou nulo de nulidade absoluta significa que não é exercício de poder. A posição lógica é inteiramente análoga à já observada com relação à incompetência. Não poder e poder excessivo são branco e negro.⁸⁴ (PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 267.)

⁸⁵ Também seria incorreto distinguir-se com Chiovenda, considerando-se abuso de poder todo o vício de atividade que não seja vício de incompetência. Logicamente é correto, mas a distinção no texto constitucional pede se construa o critério diferenciador. (PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 267.)

⁸⁶ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 267.

⁸⁷ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 267.

⁸⁸ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 267.

Entretanto, quando o juiz tem o poder de decidir, pode acontecer que, ao decidir, invada o campo de outro, principalmente o campo não judicial. Passos entende que essa indevida incursão se verifica quando o juiz decide por uma forma que se lhe não consente. Advertido para a existência de limites a respeito das providências dos juízes, considerados em seu conjunto, assim como para sua competência, o autor observa que em geral o juiz não pode prover senão *secundum jus*. “Se ele o faz por outra forma, usurpa um poder alheio, que tanto pode ser o poder legislativo (soberania do Estado legislador) quanto o direito subjetivo (soberania do indivíduo)”.

Trata-se de abuso de poder, uma vez que o poder existe, mas é exercido com abuso, quer dizer, para o fim próprio de outro poder diferente. “Não há falta, sim mau uso do poder; e mau poder específico, caracterizado pela direção do poder à usurpação do poder alheio”.⁸⁹

Atente-se, entretanto, que quando o juiz quer declarar a certeza do direito, seu erro não chega a configurar uma usurpação. Esta, na visão de Passos, só se configura quando ele quer outro fim diferente. Desse modo, não é o conteúdo, e sim a direção do juízo, que caracteriza o abuso de poder. “Qualquer que seja a declaração de certeza, enquanto ela seja tal, é exercício, não excesso de poder, que tem precisamente a declaração de certeza como objeto”. Mas o exercício do poder de decidir degenera-se em excesso quando o juiz não tende a declarar a certeza e sim a constituição do direito objetivo ou ao exercício do direito subjetivo.⁹⁰

Em outras palavras, “a fórmula se aperfeiçoa dizendo-se que o abuso consiste na direção do poder judicial à consecução de um fim não judicial, quer dizer, não à declaração de certeza, sim à constituição do direito objetivo ou ao exercício do direito subjetivo”.⁹¹

Passos reconhece que na prática é difícil precisar, pois o problema do abuso surge enquanto ele tem a forma, judicial, mas o fim não judicial está oculto, tratando-se de um contraste entre a forma e a substância. Assim o abuso de poder apresenta-se como *vício oculto do ato*, é “como uma enfermidade cujo diagnóstico não se pode fazer quase nunca diretamente, mas apenas por sintomas. Outro, não

⁸⁹ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 267.

⁹⁰ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 268.

⁹¹ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 268.

pode ser este sintoma senão o erro do juiz, ou melhor, a gravidade do erro do juiz. O excesso não é erro, porém é este que o denuncia".⁹²

Disso se conclui que os limites do abuso de poder, embora teoricamente bem determinados, são incertos. De modo que a tarefa de discriminá-los é de imensa delicadeza, que se não observando minuciosamente as peculiaridades do caso, corre perigo de não observá-los corretamente.⁹³

Temos, assim, determinada a forma de violação da lei pelo juiz qualificada como abuso de poder, violação possível de verificar-se no campo reservado aos vícios do juízo do magistrado, ou seja, dos erros *in judicando*.⁹⁴

3.2. Necessidade de prejuízo

O tratamento dos vícios de atividade do juiz, entretanto, não pode ser feito sem que se atenda à natureza instrumental das leis do processo. E justamente por ser o processo um meio para a realização do direito objetivo, as violações das normas que o disciplinam devem ser valoradas, para sua relevância, sempre com vistas ao fim pretendido.⁹⁵

O vício de atividade do juiz, caracterizador de violação da lei processual, independentemente dos reflexos que venha a ter sobre a justiça da sentença definitiva, exige para que ocorra a sua decretação por via judicial que se atenda aos princípios que presidem ao instituto das nulidades. Assim é que a ilegalidade praticada pelo juiz só deve autorizar o deferimento do *writ* quando a inexecução do magistrado houver impedido o ato de alcançar sua finalidade.⁹⁶

O ato imperfeito que alcança o fim a que se destinava cumpriu sua missão, produzindo os efeitos que lhe eram próprios, foi eficaz. A consecução do fim, apesar da imperfeição do ato, constitui um equivalente dos requisitos que faltavam ou são imperfeitos.⁹⁷

⁹² PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 268.

⁹³ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Páginas 268 e 269.

⁹⁴ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 269.

⁹⁵ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 260.

⁹⁶ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Páginas 260 e 261.

⁹⁷ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 261.

Destarte, o vício de atividade do juiz que se mostrou insuficiente para desviar o ato de sua finalidade, não se apresenta por força de sua irrelevância, como hábil a configurar uma ilegalidade tutelável pelo *writ*.⁹⁸

3.3. Direito Líquido e Certo

Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento de sua impetração.⁹⁹

O essencial para a impetração do mandado de segurança é que o impetrante tenha prerrogativa ou direito próprio ou coletivo a defender e que esse direito se apresente líquido e certo ante o ato impugnado.¹⁰⁰

Para Meirelles, Direito Líquido e Certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração¹⁰¹. Exigi-se que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, o autor considera que direito líquido e certo é direito comprovado de plano, ou seja, se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança¹⁰².

Destarte, direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca.¹⁰³ Quanto a isso, Alexandre de Moraes observa o direito é sempre líquido e certo, a

⁹⁸ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Páginas 261 e 262.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito Constitucional*. Página 578.

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Página 23.

¹⁰¹ Em outras palavras, o autor explica que “o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo a segurança de fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Páginas 36 e 37)

¹⁰² O autor esclarece ainda que “o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, artigo 1.533). É um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Página 37.

¹⁰³ RTJ 83/130 Apud MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. Página 155 .

caracterização de imprecisão e incerteza recai, sobre os fatos, que necessitam de comprovação. E, segundo o autor, está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato de que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidade de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.¹⁰⁴

Posicionamento idêntico é o de Meireles, segundo o qual a complexidade dos fatos e a dificuldade da interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante, não constituem óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impedem seu julgamento do mérito, uma vez que, emaranhados os fatos, se existente o direito, poderá surgir líquido e certo, a ensejar a proteção reclamada.¹⁰⁵

Sobre esse assunto, é interessante a leitura dos ensinamentos de Pontes de Miranda que se transcreve:

Direito Líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que esta isento de obscuridades, que não precisa ser aclamado com o exame de provas em dilações; que é, de si mesmo, concludente e inconcluso. Outro significado não se dá, em direito comercial, ao adjetivo líquido, cuja juricidade os tempos já cunharam: título líquido, obrigação líquida são termos encontrados e de efeitos especiais à sua qualidade. De iliquidez inquina-se um papel, ou direito, ou obrigação, ou título, quando sobre ele pairam dúvidas razoáveis sobre o quanto. Tais considerações também cabem, em se tratando de mandado de segurança. Desde que, os documentos juntos, fica patente o direito do suplicante, líquido e certo é o seu direito. Não deixa de ser certo e incontestável, se a controversa estabelecida somente concerne à interpretação da lei ou à revelação do direito objetivo, porque, aí, a incerteza ou a contestabilidade é só subjetiva – é simples insuficiência do juiz. Por mais grave que seja a dúvida sobre a questão jurídica não torna não-certo e não-incontestável o direito das partes. A lei, a regra jurídica, incidiu quando devia incidir. Trata-se agora de dizer o que é que incidiu, qual foi a regra. Se o juiz não está a par do direito, isto nada tem a ver com o as relações jurídicas. Para que possa deixar de conhecer do pedido ou julgá-lo improcedente, denegando-o, com fundamento em não ser certo e incontestável, é de mister que se mostre ser incerto e contestável, objetivamente; nunca seria suficiente dizer que há dúvida sobre o entendimento da lei ou sobre qual a lei que tenha regido a relação jurídica e, ainda, que haja discordâncias na jurisprudência. A certeza e a liquidez de um direito não podem resultar da dúvida quanto à lei que rege esse direito, porque tal dúvida é subjetiva, existe e depende de questões interiores, de estados de consciência e de convicção dos juizes, e não da relação jurídica. Por mais duvidoso que se sinta o espírito do julgador na determinação da lei competente, isso não atua na situação jurídica que não passa por esse acidente psíquico do julgador, a se incerta e incontestável. O direito existe,

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. Páginas 155 e 156.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Página 38.

ou não existe; mas, existindo, pode depender de provas, em dilações, e então é incerto e ilíquido”.¹⁰⁶

Desse modo, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o mandado de segurança.¹⁰⁷ É necessário que os fatos geradores do direito lesado ou ameaçado de lesão sejam comprovados de plano. Trata-se de uma condição da ação do *mandamus* e certo, não o mérito do mandado de segurança, que é lide travada entre o impetrante e a autoridade coatora.

3.4. Mandado de segurança *versus* recursos

As críticas ao uso desvirtuado do mandado de segurança são corriqueiras, e há de se reconhecer que embora qualquer restrição a recurso possa levar a um aumento considerável no número de interposições de mandados de segurança, este não se confunde.

Para a interposição do recurso basta o gravame, que é a situação criada por uma decisão em antagonismo com o pedido feito pelo litigante e capaz de lhe criar algum prejuízo praticamente avaliável. O recurso na sucumbência, e exclusivamente nela, que basta para justificá-lo. Enquanto que o *mandamus* requer violação de direito subjetivo do impetrante.¹⁰⁸

Um exemplo corriqueiro fornecido por Passos é a do recebimento, pelo juiz, de contestação intempestivamente formulada. Não pode o autor pretender corrigir a ilegalidade através do *mandamus*, porquanto, com o procedimento ilegítimo do magistrado, não foi atingido seu direito público subjetivo de ação. Entretanto, se há recusa poderá pretender seu recebimento através do *writ*, visto como juiz, negando-lhe o direito de contestar, atingiu, em uma de suas faculdades, seu direito de exceção.¹⁰⁹

Não se deve esquecer, contudo, que a admissibilidade do *writ* exige a existência de violação ou ameaça à violação ao direito do impetrante. Assim sendo,

¹⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Páginas 369-370. apud, JÚNIOR, José Cretella. *Comentários do Mandado de Segurança*. Páginas 65 e 66.

¹⁰⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. Página 156.

¹⁰⁸ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 272.

¹⁰⁹ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 273.

a circunstância de haver recurso ordinário de efeito suspensivo e de ter sido ele interposto, prejudica a imperfeição da garantia constitucional.¹¹⁰

Meirelles ressalta que só a existência de recurso processual cabível não afasta o mandado de segurança. Os recursos “são meios de defesa do direito das partes, aos quais a Constituição aditou o mandado de segurança para suprir-lhes as deficiências e proteger o indivíduo contra os abusos da autoridade, inclusive da judiciária”. Se os recursos comuns não são suficientes para proteger o direito líquido e certo, o titular pode usar, excepcionalmente e concomitantemente, o *mandamus*.¹¹¹

No mesmo sentido, tem-se o posicionamento de Passos que defende inclusive que “se havia a possibilidade de interposição do recurso de efeito suspensivo e, não foi ele usado pela parte, não estará ela impedida de lançar mão do *writ*, visto como a ilegalidade ou abuso de poder se consumaram justamente quando se constituiu a coisa julgada formal ou material”.¹¹²

Por esta mesma razão o recurso de efeito apenas devolutivo também não pode afastar a admissibilidade do *mandamus*. Nesse caso a ilegalidade se consumou, e o recurso ordinário não tem a eficácia de afastá-la, cabendo o mandado de segurança. Inclusive, a interposição de recurso não deve interferir na admissibilidade do *writ*, uma vez que o objetivo e o alcance do recurso são bem mais amplos que os da garantia constitucional. Assim é que, preferindo o *writ* ou não havendo recorrido tempestivamente, corre o impetrante o risco de ser repelida sua pretensão, por inexistente ofensa a direito subjetivo seu embora ocorrendo prejuízo. Desatendimento a formalidade processual, porque no recurso ordinário se possibilita a reforma do decisório com amplitude que não é possível no mandado de segurança.¹¹³

De quanto exposto resulta demonstrado não se confundirem recurso e mandado de segurança, ambos com objetivos e pressupostos diversos, devendo, pelo menos em tese, não prejudicarem um ao outro, ainda quando, às vezes, venham a coincidir em seus efeitos práticos.¹¹⁴

¹¹⁰ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 273.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Página 46.

¹¹² PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Páginas 174 e 273.

¹¹³ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 274.

¹¹⁴ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 273.

Contudo, na prática a sistemática do agravo de instrumento, introduzida a partir da Lei n. 9.139/95, ocasionou uma grande redução do número de mandados de segurança impetrado junto aos tribunais. Isso porque a concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento passou a ser possível nos próprios autos do recurso, interposto diretamente no tribunal não sendo mais necessária, em princípio, a impetração com tal finalidade. O efeito suspensivo continua vinculado, entretanto, à presença dos requisitos *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, como se depreende da redação do artigo 558 do CPC.¹¹⁵

Meirelles observa que o quadro pode voltar a se modificar na prática dos tribunais, no futuro próximo, pois as mais recentes modificações no regime do agravo de instrumento, em especial a partir da Lei n. 11.187/2005, ampliaram os poderes do relator para converter o recurso em retido e restringiram o cabimento do agravo interno, ou regimental, no tocante às decisões em torno do efeito suspensivo e da retenção. Desse modo, o autor já considerava provável que voltasse a crescer o número de impetrações de mandados de segurança na busca de efeito suspensivo negado em despacho monocrático do relator do agravo de instrumento, tendo em vista a previsão legal de irrecorribilidade desta decisão.¹¹⁶

Destarte, a experiência demonstra que toda vez que a legislação tentar impedir a interposição de um determinado recurso o advogado buscará outra via. De modo que diante de qualquer restrição ao agravo de instrumento, certamente, o advogado, alegando urgência e necessidade, não terá dúvida em interpor qualquer outro meio de impugnação autônoma para obter o efeito pretendido, seja para a turma ou para o órgão superior, voltando-se, diante da falta de recurso adequado, a se fazer o uso impróprio do Mandado de Segurança contra ato judicial.¹¹⁷

Na verdade, o advogado tem, por dever de ofício, que defender o interesse e o direito às últimas consequências, não podendo abrir mão de qualquer meio que a legislação coloque à sua disposição. Não se está falando de atitudes impróprias e até antiéticas do patrono, mas de "brigar" por aquilo que seu cliente entende como direito próprio.¹¹⁸

¹¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Páginas 47 e 48.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Página 49.

¹¹⁷ HOFFMAN, Paulo. *Cuidado! O fim do agravo de instrumento pode aniquilar o processo civil pátrio*.

¹¹⁸ HOFFMAN, Paulo. *Cuidado! O fim do agravo de instrumento pode aniquilar o processo civil pátrio*.

3.5. Jurisdição e direito de ação

Jurisdição, ação e processo formam o célebre trinômio de determinação do sistema processual. Através destes institutos, o estudo do direito processual como ciência tornou-se tão importante quanto os resultados que ele pode alcançar, uma vez que lida diretamente com o sentimento mais profundo do homem, que é a luta pelos seus direitos.¹¹⁹

Para Passos a jurisdição, poder que o Estado exerce em face dos integrantes da comunidade política, aplicando autoritariamente o direito, apresenta-se igualmente como dever do Estado frente àqueles aos quais conferiu o direito público subjetivo de ação. Dever de prestar sua atividade jurisdicional, através dos órgãos legalmente investidos do poder de julgar.¹²⁰

A figura do Estado, como agregador da sociedade e regulador das relações delas advindas, imputando normas e impondo seu respeito a elas, sob pena de sanção, é uma concepção moderna de gestão¹²¹. Temos não apenas a simples aplicação do castigo, mas a busca da paz e a justiça social, permitindo o convívio em sociedade.

Para tanto, a constituição de 1988 proibiu a autotutela e reservou para si o dever de garantir a todos o direito à tutela jurisdicional efetiva; que já deveria ser entendida como adequada e tempestiva, mas a emenda constitucional 45 trouxe a previsão expressa desse princípio.

Trata-se de um poder genérico de ação, poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado, que tem sua fonte na Constituição e uma decorrência da interdição da tutela privada dos direitos e da expressa acionabilidade de todos eles, posta como garantia individual pelo art. 153 § 4.º, de nossa Carta Magna.¹²²

Dessa forma, não é mais possível ao homem agir em defesa própria, restando a ele apenas a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional.¹²³ Paralelamente a isso, não é permitido ao Estado deixar de praticar a atividade jurisdicional quando provocado. Trata-se de um poder-dever do Estado

¹¹⁹ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. *O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo.*

¹²⁰ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo.* Página 256.

¹²¹ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. *O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo.*

¹²² PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo.* Página 269.

¹²³ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. *O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo.*

“para a atuação do direito objetivo, mediante a aplicação da norma geral ao caso concreto e mediante a realização forçada da norma geral. O Estado tem o dever de decidir a demanda, e o faz através da figura do juiz, que representa o Estado, que estrutura o sistema judiciário para fazer atuar a jurisdição”.¹²⁴

Esse poder genérico se faz direito subjetivo com o ajuizamento da petição inicial, determinando a obrigação específica de o órgão jurisdicional prestar sua atividade (diretamente) e a sujeição do réu ao poder jurisdicional do Estado (indiretamente).¹²⁵

Assim sendo, temos o direito à atividade do Estado-juiz, através de seu órgão competente, direito à resolução de conteúdo que varia na conformidade dos elementos postos em juízo pelos sujeitos autorizados, sem que se deva falar em direito a uma decisão favorável ou a uma decisão sobre o mérito.¹²⁶

Este direito não se exaure com o ajuizamento da pretensão objeto da controvérsia, prolonga-se através do exercício das várias faculdades que o integram, objetivando a realização dos atos previstos pela lei e considerados idôneos para obter o fim que o autor se propôs com a demanda: o acolhimento do pedido.¹²⁷

Sob igual prisma se apresenta o direito de exceção do réu, direito público subjetivo à atividade jurisdicional do magistrado, direito que também inclui uma série de faculdades exercitáveis no processo, objetivando a rejeição do pretendido pelo autor.¹²⁸

Assim, estamos diante de direitos subjetivos, interesses tutelados pelo ordenamento, cuja violação pelo juiz importará em legitimação para o *mandamus*.¹²⁹

Sobre isso é interessante notar que é perfeitamente aceitável a distinção feita, de violações de forma que atingem o exercício do direito de ação do autor do direito de exceção do réu, e violações de formas. Nessa, o objeto da tutela não é mais o direito subjetivo processual das partes, mas sim o interesse público da observância das formalidades do processo, com garantia da justiça do seu resultado final, o que é um interesse geral e não um interesse particular dos sujeitos da relação processual. O controle dessas últimas situações só deve se realizar através dos

¹²⁴ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. *O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo*.

¹²⁵ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 269.

¹²⁶ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 269.

¹²⁷ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Páginas 269 e 270.

¹²⁸ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 270.

¹²⁹ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 270.

recursos ordinários ou extraordinários e não por meio do mandado de segurança, porquanto, faltaria aqui o pressuposto da existência de direito subjetivo atingido pela violação da lei, no processo, pelo juiz.¹³⁰

Apreciando o problema dos deveres do juiz no processo, Chiovenda ensina que os fundamentais perante as partes são:

- a) o dever de sentenciar sobre o mérito da demanda, quando se constituiu regularmente a relação processual;
- b) o dever de declarar a razão pela qual não pode prover no mérito, quando a relação processual se constituir regularmente por falta de pressupostos processuais;
- c) o dever de realizar, se legalmente requerido ou ainda de ofício, quando imponha a lei, tudo que lhe for necessário para habilitar-se a julgar;
- d) o dever de agir em qualquer circunstância, com retidão e imparcialidade, aí incluso o dever de abster-se nos casos previstos em lei.¹³¹

Sobre esses deveres do juiz descritos por Chiovenda, Passos os resume no “dever de decidir o litígio no seu mérito (juízo de fundo), dever de declarar a razão pela qual não pode fazê-lo e dever de realizar, nos limites da lei, quanto lhe for necessário para habilitar-se a julgar”. Sintetizando ainda mais esse quadro, o autor conclui que cabe ao juiz o dever formal de agir.¹³²

É importante observar que, embora recurso e mandado de segurança não se confundam, atualmente, assim como será com o novo código de processo civil, poderá a parte insatisfeita com decisão interlocutória não sujeita ao recurso de agravo interpor mandado de segurança, ocasião em que não restará ao juiz outra alternativa senão conhecer o mandado de segurança, observar a presença das condições da ação, gerais e específica, dos pressupostos processuais e, presentes, julgar a ação.

¹³⁰ PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Páginas 270 e 271.

¹³¹ O autor esclarece ainda, citando Pontes de Miranda, que como o Juiz não tem interesse próprio no processo, de modo que lhe coubesse atuar ou abster-se, a lei fixou-lhe, com toda precisão, as pautas e os conteúdos da sua atividade, de feição tal que, ocorrendo certas situações, lhe toque praticar determinado ato, ato não seu, mas estatal, com o conteúdo que convenha ao caso. Toda a sua atividade é ordenada no sentido de que através dele, seja o Estado que exerce o ato. Daí o seu dever formal de obrar. Esse dever formal de obrar é tão forte que, de todos os funcionários do Estado, o juiz, aparentemente o mais tranquilo e inerte, é aquele de quem se pode dizer estar condenado à atividade. A lei pune-o por parar, por suspender ou retardar atos e diligências, marca-lhe horas certas, prazos escritos, poda-lhe convicções individuais, força-o a mover-se, na sua atuação profissional, por entre linhas que textos miúdos lhe traçam. (*Comentários ao código de processo civil*. Páginas 256 e 257).

¹³² PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo*. Página 257.

Desse modo, podemos observar que restrições ao recurso de agravo como meio de desafogar o judiciário vai, provavelmente, levar a proliferação de mandados de segurança, mesmo que venham a ser julgados improcedentes.

4. CRÍTICAS AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PROBLEMA DE INFRAESTRUTURA

O projeto do novo código é objeto de inúmeras críticas, algumas ponderadas outras implacáveis, abordando desde discussões jurídicas de difícil solução, até falta de recurso dos advogados e acadêmicos de direito. A principal delas não é nova, desde a promulgação do atual código de processo civil muitas mudanças foram feitas, e todas elas são feitas sem terem por base sérias pesquisas prévias para descobrir qual é o verdadeiro foco do problema.

Quanto à crítica feita por Sergio Bermudês, há de reconhecer que um novo código de processo civil traz problemas de aprendizado de toda ordem. Trata-se, na verdade, de uma pequena amálgama: juízes e tribunais terão que adaptar sua jurisprudência à legislação superveniente (isso, pelo menos a princípio, não se dará com uniformidade); a doutrina jamais chegará a um completo consenso, chegará apenas àquela discussão saudável da crítica construtiva (isso leva um tempo, argumentos e contra-argumentos respeitosos); muitos advogados ficarão atordoados com as mudanças e serão obrigados a se atualizar, com ou sem recursos. Todas essas alterações trazem mesmo uma perda lamentável de parte significativa do que construíram até agora, mas também traz a evolução do direito cuja importância não se discute, mas também há de se reconhecer que nunca serão argumentos suficientes para estagnação do direito e sim, apenas, um mal estar ocasionado por uma mudança, independentemente de quão boa seja essa mudança¹³³.

Entretanto, não há crítica plausível contra o argumento de Sergio Bermudês sobre a injustificável rapidez com que o anteprojeto foi feito, sem a análise das carências do Judiciário do Brasil¹³⁴. Aqui não se critica habilidade da comissão que elaborou o código, mas a ausência de pesquisas minuciosas, capazes de demonstrar quantitativamente quais institutos não estão funcionando bem e o que exatamente corrigiria o problema¹³⁵.

Nesse sentido, manifestou-se Barbosa Moreira sobre as mudanças realizadas, em especial, às ocasionadas pela lei 10.452 e 11.187, ao afirmar que,

¹³³ BERMUDES, Sérgio. *Código Civil: mudança inútil*.

¹³⁴ BERMUDES, Sérgio. *Código Civil: mudança inútil*.

¹³⁵ Como um exemplo não se tem conhecimento de pesquisa que demonstre, entre outras coisas, quantos agravos de instrumentos foram interpostos e quantos foram julgados procedentes; quais as matérias que são mais comumente objeto desse recurso; quantos daqueles foram convertidos em retidos e se houve algum mandado de segurança interposto em virtude disso.

“para uma avaliação objetiva, seria indispensável coligir dados concretos na realidade quotidiana do foro e, com base neles, elaborar estatísticas confiáveis – tarefa a que entre nós, lamentavelmente, não se vem dando a importância devida”.¹³⁶

Colaborando com esse pensamento tem-se a crítica de Paulo Hoffman sobre as alterações da Lei nº 11.187/05 e de sua antecedente nº 9.756/98, que, quanto ao agravo de instrumento, argumenta que o legislador acreditou que a nova lei impediria a interposição de novos agravos de instrumento, realmente os limitando às situações de perigo, pela simples mudança na redação do dispositivo legal. Isso quando, “até mesmo antes da reforma, o advogado já deveria optar pelo agravo de instrumento somente quando vislumbrasse real perigo até o julgamento do retido por ocasião da apelação. Trata-se de uma tentativa de mudança de mentalidade”.¹³⁷

A esse respeito, o mesmo autor faz um alerta aos defensores contumazes das reformas paulatinas do Código de Processo Civil: “cuidado com a mudança somente pela mudança, sem a devida discussão prévia, sem pesquisa e somente para atender um problema pontual”.¹³⁸

Paulo Hoffman traz à discussão estes questionamentos: se os recursos são os culpados pela morosidade judicial, por qual razão em alguns estados o processo é mais rápido do que em outros? Por que os recursos seriam os responsáveis pela demora se, antes, quando menos processos existiam, não eram? E, respondendo, ele mesmo, a essa indagação defendeu que o problema não é o grande número de recursos, mas, sim, a falta de estrutura e investimento no Poder Judiciário.¹³⁹

Igual posicionamento é o do professor Medina que disse, em entrevista a rádio CBN, que o novo código é um projeto moderno, democrático, que propicia um melhor ajuste do procedimento pelo lado jurisdicional de modo a torná-lo mais simples, e que pelo menos na parte legislativa teremos um processo mais moderno. Entretanto, reconhece que isso não vai resolver o problema da justiça, que não é apenas um problema de lei processual e sim de investimento, defendendo a necessidade de um investimento maciço, uma vez que a lei mais moderna do mundo não resolve problema de estrutura e de gestão.¹⁴⁰

¹³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Página 490.

¹³⁷ HOFFMAN, Paulo. *Cuidado! O fim do agravo de instrumento pode aniquilar o processo civil pátrio*.

¹³⁸ HOFFMAN, Paulo. *Cuidado! O fim do agravo de instrumento pode aniquilar o processo civil pátrio*.

¹³⁹ HOFFMAN, Paulo. *Cuidado! O fim do agravo de instrumento pode aniquilar o processo civil pátrio*.

¹⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia, em entrevista a rádio CBN concedida em 21/12/2010.

O mesmo problema é reconhecido por Alexandre Freitas Câmara que, também em entrevista a CBN, afirma considerar necessário um novo código de processo civil, mas reconhece que a morosidade é um problema político, de gestão e de investimento. Assim, entende que o ideal seria uma lei processual moderna associada a um judiciário com gestão eficiente, o que considera, talvez, até utópico.¹⁴¹

Posicionamento semelhante é o de Antonio Cláudio da Costa Machado, para quem o problema da morosidade não está nas leis processuais brasileiras, mas na falta de vontade política de investir na infra-estrutura do judiciário.¹⁴²

Quanto à redução de recursos especificamente, temos o posicionamento de Flavio Luiz Yarshell defendendo que não se pode querer acelerar o processo à custa de supressão – expressa ou velada – de recursos (que, embora eleitos vilões da história, se prestam a controlar a legalidade e a justiça das decisões judiciais). É preciso mais do que alterações na lei, e o cidadão precisa ser conscientizado disso.¹⁴³

O professor Alexandre Freitas Câmara, em entrevista dada a CBN, disse que no novo Código de Processo Civil há uma redução dos números de recursos de agravo de instrumento, mas que nisso não há perda de qualquer garantia das partes¹⁴⁴. Contudo, ao se manifestar no seu livro, em edição anterior ao anteprojeto, sobre a decisão de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, reconheceu que o fato dessa decisão atualmente ser irrecurável pode ser um “tiro no pé”, já que a irrecorribilidade pode abrir caminho para utilização anômala do mandado de segurança contra ato judicial. Logo, se a irrecorribilidade da decisão que converte o agravo instrumento em retido pode ocasionar a proliferação de mandados de segurança, igualmente pode ocorrer pela irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias que não estejam no rol expresso no novo código de processo civil.

Quanto às restrições impostas ao agravo de instrumento no novo código de processo civil e, provavelmente, conseqüentemente, ao aumento do número de mandados de segurança, temos a crítica feita por Sergio Bermudês, que se transcreve:

¹⁴¹ CAMARA, Alexandre Freitas, em entrevista a CBN.

¹⁴² MACHADO, Antonio Carlos da Costa, em entrevista a CBN.

¹⁴³ YARSELL, Flavio Luiz. *Ano novo, Código de Processo Civil novo?*

¹⁴⁴ CAMARA, Alexandre Freitas, em entrevista a CBN.

A admissibilidade do agravo de instrumento, limitado aos casos especificados no anteprojeto e no projeto, não funcionou, na vigência do CPC de 1939. Malogrará também no novo Código, em decorrência da precariedade da postulação e da prestação da Justiça no país. Isto levará, inevitavelmente, ao uso deturpado do mandado de segurança, desviada, então, da sua finalidade esta ação onerosa para os cofres públicos, tudo por causa da impossibilidade de se estender o agravo a casos, muitos deles teratológicos, de violação e comprometimento de direitos, ocorrentes em todo o território nacional.¹⁴⁵

Yarshell observa que parte expressiva dos problemas do Judiciário está na incapacidade de o sistema lidar de forma eficiente e racional com os litígios de massa e reconhece que o projeto apresenta proposta para uniformização dos julgamentos.¹⁴⁶

A esse respeito, o professor Medina explana o problema de divergência jurisprudencial, às vezes no mesmo tribunal superior, levando a divergência nos demais tribunais, restando ao advogado o dever instituído pelo código da advocacia de recorrer em virtude de haver a possibilidade de reforma da decisão.¹⁴⁷

Faz-se pertinente observar que o CNJ publicou resumo sobre recente pesquisa¹⁴⁸, segundo o qual se destacou que a legislação processual estimula o tratamento individual de demandas de massa, proliferando casos repetitivos. Assim como se observou que a política de ampliação do acesso à justiça (criação dos juizados¹⁴⁹ especiais e da gratuidade processual) contribuiu para aumentar a litigiosidade.¹⁵⁰

O resumo¹⁵¹ demonstrou que também há frequente ausência de uniformização jurisprudencial dos Tribunais Superiores a respeito de matérias envolvendo conflitos entre o consumidor e instituições financeiras; e a constante variação dessa jurisprudência nos Tribunais Estaduais de todo o país. Sobre esse

¹⁴⁵ BERMUDES, Sergio. *Código Civil: mudança inútil*.

¹⁴⁶ YARSHELL, Flavio Luiz. *Ano novo, Código de Processo Civil novo?*

¹⁴⁷ MEDINA, José Miguel Garcia, em entrevista a CBN.

¹⁴⁸ A pesquisa foi feita pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP, com a coordenação das Professoras Dra. Luciana Gross Cunha e Daniela Monteiro Gabbay. (CNJ. *Combate a Morosidade: Breve Resumo das Pesquisas do CNJ Acadêmico*).

¹⁴⁹ O resumo esclarece que ao contrário do que se imaginava, a criação de juizados especiais tem na realidade incentivado o ingresso de demandas (mesmo antes de possíveis soluções extrajudiciais) e a atuação da advocacia de massa. (CNJ. *Combate à morosidade da justiça: Breve resumo das pesquisas do CNJ Acadêmico*).

¹⁵⁰ No mais, o resumo das pesquisas observa que o tratamento administrativo dos conflitos (exemplo de filtro pré-processual) não tem evitado que a demanda seja levada ao Judiciário, como o exaurimento da instância administrativa e a tentativa de prévia resolução pela via extrajudicial. (CNJ. *Combate à morosidade da justiça: Breve resumo das pesquisas do CNJ Acadêmico*).

¹⁵¹ CNJ. *Combate a Morosidade: Breve Resumo das Pesquisas do CNJ Acadêmico*.

aspecto, frisou ainda que a demora das decisões nos Tribunais Superiores reflete no aumento da litigiosidade e morosidade processual nas instâncias judiciais e administrativas inferiores, pois se constatou uma tendência de centralização decisória nas instâncias superiores.

A pesquisa, partindo da premissa de que existem canais de incentivo à judicialização de conflitos, ao diagnosticar as causas externas e internas que impactam no aumento da litigiosidade, entende que essas causas são o setor público, “responsável por ‘zonas cinzentas’ de regulamentação”; a expansão da advocacia de massa contenciosa; e a mídia, “que muitas vezes incentiva o ingresso de demandas judiciais com base em notícias incompletas para a população”.¹⁵²

Basicamente, essas foram as “descobertas” apontadas no resumo da pesquisa feita pelo CNJ. Na verdade o texto não faz qualquer referência ao agravo de instrumento especificamente e, dentre outras¹⁵³, sugeriu o incremento e a capacitação dos recursos humanos do judiciário.

Outro ponto que surge como gerador do problema, também abordado por Flavio Luiz Yarshell, é o fato do Estado ser o maior cliente do Poder Judiciário e um dos maiores responsáveis pelo volume de causas e de recursos. Aliás, o autor argumenta que “a possibilidade de a Fazenda Pública transigir em juízo é limitada e, portanto, todo o discurso da justiça consensual não vale para essa expressiva massa de processos”.¹⁵⁴

Sobre esse ponto, há de se reconhecer a importância de um maior zelo a esses processos, uma vez que se trata de dinheiro público, podendo alcançar valores exorbitantes, e deixar a interposição de recursos e os acordos à discricionariedade pode ocasionar um grande prejuízo ao Estado¹⁵⁵.

¹⁵² CNJ. *Combate à morosidade da justiça: Breve resumo das pesquisas do CNJ Acadêmico*.

¹⁵³ Sugeriu-se “no âmbito do consumidor: regulamentação mais clara sobre procedimentos das instituições financeiras; educação para utilização de crédito e tratamento do superendividamento; divulgação de listas de empresas mais reclamadas em órgãos de defesa do consumidor e no judiciário; implementação, melhoria e utilização de canais de atendimento extrajudiciais (agências bancárias, SAC e ouvidorias); coletivização de demandas, tratamento de conflitos massificados através do ajuizamento de ações coletivas; incentivos para a ‘cultura da conciliação’ e incremento e capacitação dos recursos humanos do Judiciário”. (CNJ. *Combate à morosidade da justiça: Breve resumo das pesquisas do CNJ Acadêmico*)

¹⁵⁴ YARSHELL, Flavio Luiz. *Ano novo, Código de Processo Civil novo?*

¹⁵⁵ Por se distanciar do tema proposto, esse assunto não será aprofundado nesse trabalho.

Ademais, Yarshell, reconhece que se tivermos um novo CPC, certamente teremos avançado em alguns aspectos, mas a sociedade não deve nutrir esperanças irreais, para que a decepção com o judiciário não aumente.¹⁵⁶

Diante das críticas expostas, podemos observar um grande número de juristas elogiando o incidente de demandas repetitivas, que realmente solucionará o drama de questões iguais sendo decididas de forma diferente e trará, sem dúvidas, uma celeridade processual. Igualmente podemos verificar que, embora às vezes esquecido nas críticas, o aumento da interposição do mandado de segurança, sempre que lembrado, é visto como uma provável consequência da restrição ao recurso do agravo de instrumento. No mais, podemos observar que o problema de infra-estrutura é consenso entre todos que ousam abordar o assunto da morosidade do judiciário.

¹⁵⁶ YARSHELL, Flavio Luiz. *Ano novo, Código de Processo Civil novo?*

CONCLUSÃO

O Código de Buizad, como visto, no decorrer desse trabalho, entrou em vigor com sistema processual bem acabado e articulado, buscando um ponto de equilíbrio na imensa tensão entre Segurança e Efetividade.

Entretanto, o que funcionava em 1973 foi se tornando um pouco menos eficiente com o decorrer dos anos. Isso não decorreu de uma diminuição em seu brilhantismo diante do surgimento de novas normas. Os próprios textos originais, alguns já muitas vezes reformulados, outros intactos, demonstram o quão bem elaborado foi esse Código.

Contudo, se faz necessário levar em consideração que a sociedade muda todos os dias, e cada vez mais rápido. O investimento no judiciário é incalculavelmente menor do que o aumento do número de demandas, ocasionados pela produção e consumo em massa e, a conseqüente insatisfação decorrente dessas relações. Esse quadro é intensificado pela difusão de informação, nem sempre completa, mas apenas propagando um novo direito, cuja violação pode levar a indenização absurda. Isso leva ao judiciário inúmeras demandas em que o autor não deseja o cumprimento do que é seu por direito, em vez disso, reza para que a parte contrária fira seu direito da forma mais abusiva possível, levando lhe não a um constrangimento, mas a um sentimento de ganhar dinheiro fácil.

Paralelamente a isso, os juizados especiais, isentos do pagamento de custas e sem a necessidade de um advogado, acabaram por incentivar a população a ingressar no judiciário sem tentar qualquer acordo prévio.

Assim sendo, com o aumento das ações ordinárias, não poderiam deixar os recursos de se multiplicarem proporcionalmente a esse acréscimo e um sistema bem elaborado, primando pela segurança jurídica, não poderia deixar de sofrer com isso.

A realidade social mudou e, com isso, inúmeras alterações foram feitas no código de 1973, mas todas as reformas até hoje falharam na tentativa de trazer uma celeridade processual aceitável e agora, estamos no caminho de mais uma grande reforma.

Mudar por mudar, não vai resolver o problema! É simplesmente indispensável que sejam feitas mais pesquisas, detalhando os números percentuais de cada tipo ação e recurso, da sucumbência, da taxa de êxito, do tempo de demora e de cada outro detalhe que possa traçar o perfil do serviço jurisdicional prestado. A simples

restrição do agravo de instrumento vai, provavelmente, incentivar a parte que considerar lesado um direito seu a interpor mandado de segurança contra ato judicial

Outrossim, o grande número de alterações já procedidas no Código, bem como o grande número de projetos de lei que visam a novas alterações, realmente, pode ter ocasionado certa perda de unidade lógico-sistemática, mas não a ponto de justificar, por si só, um novo código de processo civil.

Na verdade, como dito anteriormente, o principal motivo para criação do Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010 foi a demora na prestação jurisdicional, mas não podendo ou não querendo o legislador lidar com a origem principal desse problema, ataca o aumento significativo de processos e o conseqüente aumento de recursos, que não deveria ser o cerne da reforma que provavelmente iremos presenciar e sim a falta de estrutura do judiciário.

Embora vulgar, se encaixa o aforismo “quem não tem cão, caça com gato”. Aqui no sentido de que o ideal seria um grande investimento na estrutura do poder judiciário com uma grande reforma para simplificação do procedimento no que há de burocrático sem perda significativa de segurança jurídica, mas, frise-se, necessariamente, precedida de uma pesquisa ampla sobre cada um dos instrumentos processuais. Não sendo possível o ideal, que seja feito o possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, J. A. da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMARA, A. F. *Lições de Direito Processual Civil*. volume I e II, 16ª ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro. 2008.

CAMARA, A. F. em entrevista a CBN. Disponível em: <http://cbn.globoradio.globo.com/programas/cbn-noite-total/2010/12/23/a_morosidade_do_sistema_judiciario_e_um_problema_de_gestao_e_politica>. Acesso em: 29 dez. 2010.

Atual Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 29 dez. 2010.

CNJ. *Combate à morosidade da justiça: Breve resumo das pesquisas do CNJ acadêmico*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=152725&id_site=3>. Acesso em: 14 dez. 2009.

CRETELLA JR, J. *Comentários a Lei do Mandado de Segurança*: (de acordo com a CF 1988) 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER JR, F. *Preclusão e decisão interlocutória. Anteprojeto do Novo CPC. Análise da proposta da Comissão*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=103549>. Acesso em: 20 out. 2011.

DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONIZETTI, E. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008.

EBLING, C. M. da S. A. *O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1031, 28 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8304>>. Acesso em: 19 dez. 2010.

GUERRA, G. R. *O princípio constitucional da razoável duração do processo. O acesso à tutela jurisdicional célere como direito fundamental*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1758, 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11188>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

HOFFMAN, P. *Cuidado! O fim do agravo de instrumento pode aniquilar o processo civil pátrio*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1162, 6 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8887>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

KLIPPEL, B. A. G. *Mecanismos para a concessão de efeito suspensivo aos recursos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 236, 29 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4901>>. Acesso em: 18 dez. 2010.

MACHADO, A. C. da C. em entrevista a CBN. Disponível em: <<http://cbn.globoradio.globo.com/programas/cbn-noite-total/2010/12/23/A-MOROSIDADE-DO-SISTEMA-JUDICIARIO-E-UM-PROBLEMA-DE-GESTAO-E-POL>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2010.

MEDINA, J. M. G. em entrevista a CBN, disponível em: <http://www.cbnmaringa.com.br/page/noticias_detalhe.asp?cod=201659>. Acesso em: 23 dez. de 2010.

MIRANDA, H. S. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MEIRELLES, H. L. *Mandado de segurança*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. 4ª ed. *Revista atualizada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V, 15ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010.

PASSOS, J. J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. X, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RUBIN, F. *A onda reformista e a perspectiva de um novo Código de Processo Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2722, 14 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18032>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

SENADO. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

SENADO. *Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 8 jan. 2011.

SENADO. *Comissão Temporária do Código de Processo Civil*, Parecer n.º?, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=83984&tp=1>>. Acesso em: 8 de jan. 2011.

SILVA, B. C. *O Recurso de Agravo de Instrumento na Sistemática do Novo Código de Processo Civil – Primeiras Impressões*. Artigo publicado no site “LEXMAGISTER”. Disponível em: <<http://www.lex.com.br/noticias/doutrinas.asp?ID=22108425%acesso=2>>. Acesso em 20 out. 2011.

YARSHELL, F. L. *Ano novo, Código de Processo Civil novo?* Disponível em: <<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=noticias&dtlh=146223&iABA=Not%EDcias&exp=>>>. Acesso em: 29 dez. 2010.